

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA MISE EN ÉTAT DE L'INSTANCE ET DE SES EFFETS

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT EN DROIT

(SCIENCES JURIDIQUES)

présentée et soutenue le VENDREDI 27 JUIN 1921, à 15 h. 30

PAR

HENRI BOUVET

Licencié ès-Lettres

Président : M. CARPENTIER, professeur.

Assesseurs { M. BARTIN, professeur ;
 { M. HUGUENEY, agrégé.

ÉTAMPES
IMPRIMERIE MAURICE DORMANN
16, Rue Saint-Mars, 16

—
1921

**DE LA MISE EN ÉTAT
DE L'INSTANCE
ET DE SES EFFETS**



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552823_0094

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA MISE EN ÉTAT
DE L'INSTANCE
ET DE SES EFFETS

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT EN DROIT
(SCIENCES JURIDIQUES)

présentée et soutenue le VENDREDI 27 JUIN 1921, à 15 h. 30

PAR

HENRI BOUVET

Licencié ès-Lettres



Président : M. CARPENTIER, professeur.

Assesseeurs { M. BARTIN, professeur ;
M. HUGUENEY, agrégé.

ÉTAMPES
IMPRIMERIE MAURICE DORMANN
16, Rue Saint-Mars, 16

—
1921

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

« Maintes fois avint qu'en élé s'aloit seoir ou bois de Vincennes après sa messe, et s'accostoioil a un chesne, et nous faisoit seoir entour lui, et tuit cil qui avoient à faire venoient parler a lui sans destourbier d'uissier ne d'autre. Et lors il leur demandoit de sa bouche : « A il ci nului qui ait partie ? ». Et cil se levoient qui partie avoient. Et lors il disoit : « Taisiès vous tuit et on vous deliverra l'un après l'autre. » Et lors il apeloit mon seigneur Peron de Fontaines et mon seigneur Jofroi de Vilete, et disoit à l'un d'eux : « Délivrès moi ceste partie. » ... Je le vis aucune fois en esté que pour délivrer sa gent, il venoit ou jardin de Paris... et faisoit estendre tapis pour nous seoir entour lui, et tous li peuples qui avoient afaires par devant lui en estant, et lors il les faisoit délivrer en la manière que je vous ai dit devant deu bois de Vincennes. »

C'est ainsi que le sire de Joinville, dans le passage célèbre de sa chronique, dépeint le roi Saint-Louis rendant la justice à ses sujets. La procédure était simple ; — on serait tenté de dire qu'elle n'existait pas ; ce serait une erreur : il y avait un exposé de la demande, un exposé de la défense, un jugement : c'est le canevas de toute instance. Mais il se déroulait tout entier en quelques instants. A vrai dire le roi de France avait le droit d'employer une procédure aussi sommaire et aussi brève, mais ceux de ses sujets qui ne pouvaient l'approcher étaient bien obligés de « destourbier les uissiers et les autres » et de s'adresser aux juges pour se faire rendre justice ; les juges, aidés des huissiers et des autres la leur rendaient, mais d'une façon toute différente, sinon par le résultat, au moins et surtout par la durée.

Mais cette durée des procès n'était pas particulière à l'époque : elle est de tous les temps, et dans une certaine mesure, elle est une nécessité. Ses conséquences sont innombrables. Les actes de la procédure, les actes essentiels que nous avons discernés tout à l'heure dans l'espace de quelques instants, — et tous les autres, s'échelonnent dans le temps, à intervalles variables, parfois très grands ; par suite on est amené à se demander de chacun d'eux, en quoi il doit consister exactement, et quels effets il entraîne, afin de connaître les rapports qu'il soutient, non seulement avec les autres dans l'instance, mais avec les événements divers, qui ne sont pas prévus dans le plan de la procédure, qui n'en font pas partie, et qui ne peuvent cependant lui rester étrangers.

C'est ainsi qu'on détermine dans la durée de l'instance des moments qu'il est indispensable de fixer exactement, — à raison même de cette durée —, tels que : celui où elle commence, celui où elle est en état d'être jugée ; celui où elle est terminée. C'est sur le deuxième que nous arrêterons notre attention.

CHAPITRE PREMIER

Différents sens de l'expression : « Mise en état ». — La mise en état d'après l'article 343 du Code de procédure civile. — En quoi elle consiste. — Ses effets spécifiques. — Autres effets. — Limitation de ses effets. — Son origine.

En parcourant le Code de procédure civile et les recueils de jurisprudence, on trouve fréquemment cette expression : « affaire en état », c'est-à-dire en état d'être jugée. Le sens qui lui est donné varie suivant les cas.

C'est dans les arrêts rendus par application de l'article 473 que l'expression apparaît avec son sens le plus profond. Elle n'est pas employée dans la rédaction de l'article lui-même. « Lorsqu'il y a appel d'un jugement interlocutoire, si le jugement est infirmé et que la matière soit disposée à recevoir une décision définitive, les Cours d'appel pourront statuer en même temps sur le fond définitivement par un seul et même jugement », « Il en sera de même dans les cas où les Cours d'appel infirmeraient, soit pour vice de forme, soit pour toute autre cause, des jugements définitifs. » Mais les Cours d'appel font de l'expression un usage courant pour résumer la formule « disposée à recevoir une décision définitive. » Et dans ce cas, l'affaire est en état sur le fond, non parce que telle ou telle formalité prescrite par la loi est accomplie ; — une seule condition de forme est nécessaire : la prise de conclusions sur le fond par l'une et l'autre des parties, au moins en première instance (1) — ; elle est en état quand la Cour estime pouvoir la régler complètement par un seul arrêt, sans avoir besoin d'or-

(1) Cass. Civ., 9 mars 1863, D. P. 63-1-176 ; 14 nov. 1866, D. P. 66-1-107 ; 12 mars 1866, D. P. 66-1-472 ; 10 mai 1893, D. P. 94-1-259 et la note ; 28 oct. 1896, D. P. 97-1-583 ; Bordeaux 8 mars 1905, D. P. 1906-2-271 ; Cf. toutefois Bordeaux, 30 juillet 1904, D. P. 05-2-156. — Cf. également : Glasson, *Précis*, T. II, p. 117.

donner aucune mesure d'instruction, ni même une simple remise pour entendre des plaidoiries ; quand elle décide souverainement qu'elle trouve dans les documents de la cause, quels qu'ils soient, les éléments suffisants pour se faire une opinion (1) ; bref quand elle peut être jugée dans le sens le plus naturel, le plus vrai et le plus complet de l'expression.

Dans l'article 340 du même Code, il est dit que « l'intervention ne pourra retarder le jugement de la cause principale quand elle sera en état ». Ici encore, on entend par là « en état d'être jugée définitivement sur le fond ». Les motifs de la loi, son texte même l'indiquent : on veut empêcher les plaideurs de mauvaise foi de faire traîner l'affaire en longueur en suscitant des interventions sans aucun fondement ; plus simplement, on veut assurer aux deux parties la justice qu'elles demandent, aussi rapidement que possible, en écartant les tiers tardivement informés ou négligents ; c'est toujours la question de temps qui importe, mais elle n'importe vraiment qu'à la veille du jour où le jugement définitif doit être rendu. Quand les juges ordonnent une enquête ou une expertise, ils savent que l'instance durera encore un certain temps ; ils savent que le demandeur en intervention, s'il était repoussé sur le moment, aurait le droit de se présenter à nouveau aussitôt après le prononcé d'un jugement interlocutoire ; il serait donc bien étrange de lui refuser de consacrer le laps de temps nécessaire pour l'examen de la recevabilité et du bien-fondé de sa demande ; il serait même contradictoire de déclarer son intervention tardive par le même jugement qui ordonnerait une mesure d'instruction : on peut dire que ce serait contraire à la loi. Mais par ailleurs, les questions de forme jouent ici un rôle qu'elles n'avaient pas dans l'application de l'article 473 : la Cour pouvait estimer souverainement que le fond de l'affaire était en état, alors même que l'affaire n'avait pas été discutée devant elle, par exemple parce qu'il l'avait

(1) Nancy 31 janv. 1874 et 21 fév. 1874, D. P. 75-2-186 ; Req. 19 janv. 1875, D. P. 75-1-256 ; Cass. Civ. 22 janv. 1877, D. P. 77-1-311 ; 9 déc. 1884, D. P. 85-1-113 et note ; 24 juill. 1889, D. P. 90-1-264 ; 17 mai 1893, D. P. 94-1-121 et note de M. Glasson. *Cf.* toutefois Paris, 23 avril 1890, D. P. 91-2-175 et note ; Cass. Civ., 21 fév. 1905, D. P. 05-1-431 ; Limoges, 17 janv. 1906, D. P. 06-5-50.

été en première instance. Ici, il n'en est plus tout à fait de même : l'affaire ne peut pas être en état tant que l'instruction sur le fond n'est pas achevée, ou presque achevée dans les formes légales ; et elle est en état dans l'hypothèse inverse. Et il y a obligation pour le juge d'admettre la recevabilité, en la forme, de l'intervention, dans le premier cas, de la nier dans le second (1) ; c'est-à-dire réduction de sa liberté d'appréciation, qui démontre que l'expression n'a plus ici son sens aussi naturel et aussi vrai : il s'y introduit un élément formaliste qui n'existait pas auparavant.

C'est avec la même nuance, à peu près, qu'on la rencontre dans l'article 134 : « S'il a été formé une demande provisoire et que la cause soit en état sur le provisoire et sur le fond, les juges seront tenus de prononcer par un seul jugement » ; toutefois on pourrait se demander si la loi n'impose pas l'obligation de rendre un seul jugement, alors même que, sur le fond, le tribunal croirait nécessaire d'ordonner simplement une mesure d'instruction ; l'article 134 en effet est destiné à éviter des complications et des dépens superflus, — c'est même pour cette raison qu'il est rédigé d'une manière impérative ; — quelle que soit donc la teneur du jugement rendu sur le fond de l'affaire, il y a toujours même intérêt à faire l'économie des frais d'un jugement spécial sur le provisoire. Et voici que l'affaire en état cesse d'être l'affaire que l'on peut juger réellement et terminer pour devenir simplement une affaire dans laquelle on peut prendre certaines mesures préparatoires, — rendre un jugement.

On doit faire une observation semblable au sujet de l'article 288 : « Si néanmoins, le fond de la cause est en état, il pourra être prononcé sur le tout (lés reproches contres de témoins et le fond) par un seul jugement ». Il est certain qu'après une enquête le tribunal peut ordonner toute autre mesure d'instruction qu'il croit utile ; aux termes de la

(1) La pratique, il est vrai, n'est pas aussi rigide ; les tribunaux admettent volontiers que l'article 340 est un conseil plutôt qu'un ordre, et ordonnent parfois la continuation ou la réouverture des débats à la suite d'une intervention tardive, quand ils estiment qu'il n'y a pas de fraude, et qu'il y va même de la bonne administration de la justice, parce que l'intervention peut éclairer certains côtés de l'affaire ou l'affaire entière. Cf. Boitard, *Leçons*, T. I, p. 594.

loi, l'affaire n'en serait pas moins en état, elle y serait parce fait même qu'il serait possible de rendre un nouveau jugement.

Avec l'article 184, nous nous écartons encore plus nettement du sens naturel et vrai de l'expression, que nous avons vu en commençant : « Si les demandes originaires et en garantie sont en état d'être jugées en même temps, il y sera fait droit conjointement ». Quand la demande principale vient à l'audience, le demandeur a le droit de faire prononcer la disjonction de la demande en garantie, si elle est interrompue, suspendue ou retardée pour quelque cause que ce soit ; et il peut le faire, alors même que cette demande principale viendrait à l'audience simplement sur une offre de preuve de sa part, sur un incident, sur une exception ; bref, dès que cette demande est prête à recevoir un jugement quelconque, jugement sur un incident, jugement avant faire droit, ce que l'article 184 exprime par ces mots : quand l'affaire est en état.

Cette signification déformée et décolorée de l'expression n'est d'ailleurs pas particulière aux cas que nous venons de voir ; bien au contraire, c'est le sens courant et normal : une affaire en état est une affaire dans laquelle les débats sont clos sur un point quelconque, pour être suivis d'une décision du tribunal ; mise en état est synonyme de clôture des débats. Quant à l'objet même des débats, — et du jugement, — incidents de toute nature, exceptions quelconques, mesures d'instruction, fond de l'affaire, il est indifférent : la mise en état est un cadre vide dans lequel on peut placer tous les tableaux de dimension, quels qu'en soient les sujets. « Il y a déni de justice lorsque les juges négligent de juger les affaires en état », dit l'article 506 : il s'agit bien ici des affaires qui sont venues à l'audience et dont les débats sont terminés, permettant de rendre jugement, quelles que soient la nature de l'affaire et la teneur du jugement à rendre.

Il faut ajouter que ce sens de l'expression « affaire en état » commun et normal aujourd'hui, l'était déjà bien avant le Code de procédure : l'article 506 est visiblement inspiré des articles 1 et 2 du titre 25 de l'ordonnance de 1667, et il suffit de lire les commentateurs pour se rendre compte que le Code n'a ici rien innové. Rodier a écrit sur

ces articles : « On appelle instances ou procès en état quand les parties ont fait tout ce qui leur était prescrit pour parvenir au jugement et qu'il ne reste plus qu'au juge à appliquer son ministère » (1).

En lisant l'article 342 du Code de procédure civile : « Le jugement de l'affaire qui sera en état ne sera différé ni par le changement d'état des parties ni par la cessation des fonctions dans lesquelles elles procédaient, ni par leur mort, ni par le décès, démissions, interdictions ou destitutions de leurs avoués », on croirait que l'expression « en état » y a exactement le même sens que dans l'article 506 : clôture des débats. D'autant plus que le Code, ici encore, ne fait que répéter l'Ordonnance de 1667, titre 26, article 1^{er} (2); et les commentateurs redisent à l'envie les uns après les autres qu'il s'agit là des moments dans l'instance où le rôle des parties et de leurs procureurs est terminé, où le juge peut seul, — et doit — faire quelque chose : délibérer et rendre son jugement. Ainsi Serpillon : « Une cause verbale est en état quand les avocats l'ont plaidée, et le procès par écrit n'est en état que lorsqu'il n'est plus question que des fonctions du juge. Alors la présence des parties n'est plus nécessaire. Mais ils ne seraient pas en état s'il y manquait une signification » (3). De même Pigeau : « Une affaire appointée ou mise en délibéré est en état quand toutes les productions ou pièces d'écritures vues ci-dessus sont faites, parce que les juges sont à même de statuer. Même les plaidoiries sont indispensables ; seules elles mettent définitivement le juge à même de juger » (4). Enfin Pothier : « Un procès par écrit est en état d'être jugé quand les parties ont écrit, produit, fourni des contredits et salvations, ou lorsque, par l'expiration des délais pour les fournir, elles en sont de plein droit forcloses. Une cause verbale est aussi en état d'être jugée : « lorsque, sur les plaidoiries à l'audience, les pièces ont été mises entre les mains du rapporteur pour en être délibéré sur le bureau ; mais une cause verbale n'est point en état d'être jugée quand elle n'est pas entière

(1) Questions : sous l'art. 1 du T. XXVI, p. 413.

(2) « Le jugement de l'instance ou procès qui sera en état de juger ne sera différé par la mort des Parties ni de leurs procureurs. »

(3) *Commentaire sur l'ordonnance de 1667*, p. 484.

(4) *Procédure du Châtelet*, T. I, p. 339.

rement plaidée » (1). Mais le plus intéressant à consulter ici est encore Rodier, parce qu'il établit nettement que la définition de la mise en état est la même dans le titre 25 sur la prise à partie et dans l'article 26 sur les reprises d'instance, et dans tous les cas, quel que soit l'objet de la mise en état. Sur l'article 1^{er} du titre 26, il se demande : « Quand l'instance ou procès est en état ? » et répond : « C'est, comme il a été observé sous l'article 1 du titre 25, lorsque les parties ou au moins l'une d'elles, ont fait signifier et remis entre les mains du rapporteur son inventaire de production, ses actes et instructions ; que les autres parties ont été sommées de produire et que le délai de cette sommation est échu, soit que les autres parties aient ou n'aient pas produit de leur part ; parce que, ne pouvant être forcées de produire si elles ne le veulent, il est vrai de dire qu'alors l'instruction est complète et consommée, qu'il ne reste plus rien à faire de la part des parties, mais seulement de la part du juge... Ce que nous venons de dire d'un procès principal, peut se dire aussi des incidents, s'il y a quelqu'un à vider au préalable » (2).

Mais l'article 343, — qui n'est pas copié de l'Ordonnance, — renverse brusquement cette interprétation logique et historique de l'article 342, en décidant : « L'affaire sera en état lorsque la plaidoirie sera commencée ; la plaidoirie sera réputée commencée quand les conclusions auront été contradictoirement prises à l'audience ». Il ajoute il est vrai : « Dans les affaires qui s'intruisent par écrit, la cause sera en état quand l'instruction sera complète ou quand les délais pour les productions seront expirés ». Mais ici même le moment choisi n'est pas celui de la clôture des débats : l'instruction complète ici est celle où les deux parties ont fait la production prévue par la loi ; elles peuvent en faire d'autres, jusqu'à ce que le juge-rapporteur soit entré en possession du dossier, — peut-être jusqu'au rapport ; d'autre part, l'échéance des délais prévus dans la seconde hypothèse n'entraîne par forclusion, et la partie défaillante peut produire encore après les limites qui viennent d'être indiquées. Toutefois, c'est dans le § 1^{er} de l'article 343 que la différence avec l'ancien droit, — et l'arti-

(1) *Œuvres complètes*, T. XXIV, p. 143.

(2) *Questions sur l'ordonnance de 1667*, titre 26, art. 1.

cle 506 du Code — apparaît le plus nettement : l'affaire est en état, non plus par la clôture des débats, mais tout au contraire par leur ouverture à l'audience.

Mais une ressemblance subsiste : peu importe l'objet de la mise en état, le point qui va être débattu, incident, fond, etc. Les auteurs du Code ne s'en expliquent pas, mais c'était inutile, car manifestement ils s'en référaient à la même question que ceux de l'Ordonnance : à quel moment de l'instance peut-on suspendre le cours des interruptions ? Ils y répondaient différemment en avançant le moment de la mise en état, mais sans rien modifier par ailleurs. Sans doute l'interruption de l'instance, écartée par l'article 342 quand l'affaire est en état, se produira nécessairement après le jugement, si ce n'est pas un jugement sur le fond de l'affaire et qui termine l'instance ; le résultat étant le même dira-t-on, l'article 342 n'aura plus sa raison d'être dans ce cas. Mais on ne peut savoir à l'avance si le jugement qui se prépare sera définitif ou d'avant faire droit ; ou, quand il s'agit d'une exception, s'il ne mettra pas fin à l'instance en proclamant l'incompétence du tribunal ou la nullité de l'assignation par exemple. Enfin, même s'il s'agit d'un incident dont la solution ne pourrait terminer l'instance, rien dans la loi ne permet d'écarter les règles de la mise en état : elle ne distingue pas, — pas plus que la tradition, ni que la pratique.

Telle est l'innovation du Code en cette matière. Les auteurs du Code en réalité, n'ont pas pensé faire un grand changement ; ils estimaient que le « changement d'état, le décès de la partie, la cessation de fonctions d'un avoué peuvent interrompre l'instance, mais que ce ne doit pas être lorsque les parties ont épuisé leurs moyens de défense ou lorsque les fonctions de l'avoué sont devenues superflues : c'est ce que le projet appelait la cause en état. Elle y est lorsque les conclusions ont été contradictoirement prises à l'audience, ou, lorsque dans les affaires en rapport les délais pour les productions sont expirés » (Rapport du tribun Perrin, à la séance du 14 avril 1806). (1) Il est intéressant de rapprocher le texte de Serpillon cité plus haut :

(1) Discours de l'orateur du Tribunat (p. 82 et 83) à la séance du Conseil d'Etat du 21 floréal an 13 ; rapporté par Locré, Esprit du Code de procédure civile, T. II, p. 7.

« ... Une cause est en état lorsque la présence des parties n'est plus nécessaires ». Les auteurs du Code, dans leur zèle de simplification, se sont laissés entraîner jusqu'à croire que l'ouverture des débats et leur clôture, c'était tout un. Mais il y a de l'un à l'autre, toute la durée des débats : même brève, elle peut être fertile en incidents ; et on aurait dû répondre au tribun Perrin : 1^o que rien n'empêchait les plaideurs de présenter de nouveaux moyens de défense, voire même de nouvelles demandes au cours des plaidoiries ; et 2^o que dans ce cas, la présence des avoués était indispensable pour présenter valablement de nouvelles conclusions au tribunal ; toute son argumentation tombait. Théoriquement donc, le changement était plus important qu'on ne le disait. Et cela, les auteurs du Code auraient dû s'en apercevoir. D'ailleurs plusieurs Cours d'appel, notamment celles de Colmar et Limoges, avaient présenté des observations défavorables à l'article 343 quand le projet de Code leur avait été soumis (1).

Mais la pratique a aggravé beaucoup le changement.

Les auteurs du Code pouvaient croire à la brièveté des débats à l'audience ; les conclusions, dans leur esprit, ne pouvaient devancer de beaucoup les plaidoiries. Au reste, d'après les articles 28 et 29, et 69 du décret du 30 mars 1808, le premier jour de chaque semaine, le président fait appeler un certain nombre de causes, les premières à venir : c'est à ce moment, — et ce n'est à aucun autre moment — qu'il fait poser les qualités et prendre les conclusions, et qu'il fixe un jour pour les plaidoiries. Or ce décret, rendu quelques mois après la mise en vigueur du Code, et pour en régler les détails d'application, en reflète naturellement l'esprit ; et il le reflète fidèlement quand il fixe la prise des conclusions, la mise en état, au moment de la sortie du rôle, — c'est-à-dire au moment où le tour de l'affaire est assez proche pour qu'on puisse déterminer le jour des plaidoiries ; l'article 343 ne peut se comprendre que dans ces conditions. — Mais d'après

(1) Observations rapportées par Chauveau. Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, T. II, p. 8. « Les affaires ne sauraient être en état que lorsque les plaidoiries respectives sont terminées. » (Cour de Colmar). « Disons plutôt avec les anciennes ordonnances que le procès par écrit ne sera réputé en état que lorsque les pièces seront sur le bureau. » (Cour de Limoges).

l'article 80 du Code, la partie la plus diligente peut poursuivre l'audience par acte d'avoué à avoué après l'expiration des délais des écritures légales. Cet acte peut donc se faire longtemps avant que l'affaire vienne utilement à l'audience, et le décret parle en effet d'une première comparution des avoués à l'audience bien avant le jour où elle sort du rôle et où l'on pose qualités. « On se présentera à l'audience », dit-il : sur l'avenir sans doute ? Mais qu'y fera-t-on ? D'après l'article 22 du décret, spécial à la procédure des Cours d'appel, on pourra poser qualités et l'affaire restera devant la Chambre devant laquelle cette formalité aura été accomplie. Mais cette façon de faire, qui n'est d'ailleurs pas prévue pour les tribunaux de première instance, ne s'accorde pas avec les autres dispositions du décret, rappelées plus haut (articles 28 et 29). On ne voit donc pas ce que les avoués pourront faire sur le premier appel de la cause ; leur rôle consisterait uniquement à répondre : « présent ». Le tribunal serait assuré que la cause existe toujours et constaterait qu'elle est mise en rôle ? C'est peu ; on s'explique mal que l'avenir pour plaider aboutisse à si peu de chose. D'autre part, si l'on ne conclut pas immédiatement, on risque d'attendre longuement son tour de rôle, pour aboutir peut-être à un défaut faute de conclure. Ces considérations, ou d'autres ont-elles frappé les juges ? Il est difficile de le déterminer ; ce qui est certain en tout cas, c'est que d'une façon assez générale et dès les premières années d'application du Code, les présidents ont trouvé une occupation aux deux avoués présents à l'audience, une raison d'y venir : ils leur ont fait prendre des conclusions, sans s'apercevoir peut-être qu'ils modifiaient ainsi le plan de l'instance conçu dans le Code et le décret, et sans mesurer les conséquences de l'usage nouveau qu'ils introduisaient, en présence des termes de l'article 343. La prise des conclusions en effet ouvrait les débats ; ceux-ci s'allongeaient de toute la longueur du rôle ; au moment — nouveau — où ils s'ouvraient, les avocats n'étaient même pas choisis ; souvent l'affaire n'est étudiée que sommairement par les avoués. Et rien de tout cela ne changea naturellement, puisqu'on avait bien le temps devant soi. Et voici donc l'affaire réputée en état longtemps avant qu'on s'en occupe sérieusement ! S'il y

eut un changement, ce fut pour aggraver les choses : les écritures légales elles-mêmes devinrent plus hâtives et banales qu'elles ne l'étaient sans doute : pour pouvoir mettre l'affaire au rôle, des conclusions quelconques suffisent ; on est arrivé ainsi à faire de la mise en état une chose purement formelle, étrangère toujours, et parfois nettement contraire à la réalité déjà si pauvre de l'article 506 : en un mot, la mise en état se confond avec la mise au rôle, mais elle garde ses effets ; l'article 343 est devenu une absurdité.

Quelques arrêts, anciens et rares il est vrai, ont essayé de réagir contre ces conséquences imprévues, en interprétant l'article 343 dans son esprit et non par sa lettre ; ils n'ont pas admis la mise en état par les conclusions prises pour le classement de l'affaire au rôle et sans fixation des plaidoiries. Chauveau les a recueillis soigneusement d'ailleurs à l'appui de sa théorie, analogue à celle des arrêts (1). Mais la jurisprudence est devenue unanime depuis pour appliquer servilement le texte même de l'article 343. Les juges auraient, il est vrai, mieux à faire que de changer d'opinion, ils devraient changer de pratique. Ce qui est plus étrange, c'est que la doctrine entière, sauf Chauveau et Rodière (2), — qui s'est d'ailleurs rétracté ensuite, — approuve la jurisprudence dans son interprétation littérale et aveugle du texte.

La mise en état, dans le cas d'instruction par écrit, n'appelle pas d'observations aussi longues, ni aussi sévères. Le Code, nous l'avons vu, ne la fixe pas ici exactement à la clôture même des débats et au moment où il ne reste plus place que pour l'activité du juge ; mais la différence avec l'ancien droit est minime. Au reste l'instruction par écrit a disparu complètement, et la disposition de l'article 343 qui s'y rapporte n'est plus qu'un « témoin » ; en la lisant, on comprend que le législateur a voulu traiter de pair les deux sortes d'instruction, et que, dans son esprit, il y avait

(1) Carré et Chauveau. *Lois de la Procédure*, T. II, pages 4 s.q.q. Arrêts de Metz, 18 juin 1818 et Cassation 14 avril 1832, cités dans la dissertation de Chauveau, qui est pleine de raison, mais en contradiction avec le texte de l'article 343.

(2) *Cours de compétence et de procédure civile*, T. II, p. 295.

concordance entre les moments choisis dans l'une et dans l'autre, pour être ceux de la mise en état. Quelques auteurs se sont plus à opposer les dispositions de l'article 343 sur l'une et sur l'autre ; il faut au contraire les rapprocher, en voir l'identité voulue ; comprendre que nous trouvons dans l'instruction par écrit, qui n'a pas vécu, qui n'a pas changé, la véritable intention des auteurs du Code ; comprendre enfin que toute la différence entre la mise en état actuelle dans l'instruction verbale et la mise en état dans l'instruction par écrit est justement la différence entre la mise en état telle que la pratique l'a faite et celle que les auteurs du Code croyaient instituer. Bref nous trouvons ici la confirmation de tout ce qui a été dit au paragraphe précédent.

En quoi consiste exactement la mise en état de l'article 343 ?

Pour déterminer exactement en quoi consiste cette nouvelle mise en état de l'article 343, il faut combiner cet article avec les dispositions du décret du 30 mars 1808, articles 28, 33, 69 et 71. Il résulte de l'ensemble de ces textes que l'affaire est en état aussitôt que les conclusions ont été prises verbalement par les avoués à la barre et qu'une copie signée en a été remise au greffier.

La présence de l'avoué en cette circonstance est sacramentelle ; lui seul est mandataire qualifié de la partie, et seul il a le droit de prendre des conclusions pour elle devant le tribunal. Il est tenu, pour le faire, de les lire personnellement. Cette formalité ne peut se remplacer par aucune autre ; le tribunal ne pourrait pas, par exemple, prendre simplement connaissance des conclusions écrites et signées de l'avoué ; il ne pourrait pas plus se faire lire ces conclusions par le greffier (1) ; l'avocat de la partie, lui même, n'a pas le pouvoir de lire les conclusions aux lieu et place de l'avoué (2). Ces façons de procéder rendraient le jugement qui les suivrait nul, et susceptible d'opposition,

(1) Cass. Civ., 23 nov. 1909, D. P. 1911-1-111 ; 25 fév. 1863, D. P. 63-1-72. Mais il peut se les faire relire par greffier à une audience postérieure où l'avoué est absent. (Req. 17 avril 1834, D. P. 34-1-231).

(2) Pour les conclusions postérieures à celles de la mise en état, et notamment au cours des plaidoiries, la pratique de certains tri-

comme rendu par défaut. C'est peut-être pousser le formalisme un peu loin quand il s'agit de conclusions signées de l'avoué; mais, — c'est l'avantage du formalisme, — on est exactement fixé sur le moment précis où la cause est en état.

La deuxième formalité obligatoire pour constituer l'affaire en état consiste dans la remise entre les mains du greffier d'un exemplaire écrit et signé des conclusions prises à la barre. Cette formalité ne fait aucunement double emploi avec la première : elles ne peuvent suffire l'une sans l'autre, ni se substituer l'une à l'autre ; elles sont également indispensables et sanctionnées de la même manière : nullité du jugement, et en tout cas caractère non contradictoire qui le rend susceptible d'opposition.

Mais ne faut-il pas que ces conclusions lues et déposées, aient été préalablement signifiées ? (1). Le Code de procédure prévoit avant l'avenir à l'audience, la signification des requêtes respectives dans des délais fixés ; mais l'expiration de ces délais n'entraîne pas forclusion ; elle rend simplement possible l'avenir à l'audience. Par contre, le décret du 30 mars 1808, article 70, exige la signification des conclusions qui doivent être prises à l'audience, au plus tard avant les trois jours qui précèdent l'audience. Cette disposition s'applique d'ailleurs à toutes conclusions prises au cours du procès (art. 72). Les tribunaux n'ont pas estimé qu'elle fût sanctionnée par la nullité ; ou plutôt, ils l'ont considérée comme établie dans l'intérêt privé de la partie adverse, qui peut uniquement demander un délai pour répondre à des conclusions signifiées tardivement, mais ne saurait tirer parti de cette tardiveté si elle la cou-

bunaux admet que la présence de l'avoué à côté de l'avocat suffit à valider la lecture faite par ce dernier ; elle admet même que la remise d'un exemplaire signé de l'avoué suffit. (Req., 17 déc. 1902, D. P. 1903-1-157.)

Il faut d'ailleurs ajouter que dans certains tribunaux le principe même de la lecture des premières conclusions par l'avoué n'est pas respecté ; la remise d'un exemplaire signé au greffier, sans aucune lecture suffit à constituer l'affaire en état c'est une violation formelle de la loi.

(1) La question ne se pose naturellement que pour les conclusions autres que celles de l'assignation ; celles-ci ne doivent pas être signifiées une deuxième fois, d'avoué à avoué.

vre implicitement par le silence ou en répondant sans réserves aux conclusions (1). L'absence de signification préalable à la prise des conclusions à la barre ne rend donc pas celles-ci nulles et n'empêche par la mise en état ; elle peut simplement la retarder. Si le défenseur en effet, muet jusqu'au jour de l'audience prenait brusquement ce jour-là des conclusions, le demandeur ne saurait être victime de cette manœuvre ; strictement, l'affaire serait en état, puisque chaque partie a conclu ; mais il serait fondé à demander au tribunal une remise pour la pose même des qualités, en vertu du décret du 30 mars 1808 (2). La fiction légale de l'article 343 doit être restreinte autant que possible. Il est assez étrange déjà qu'une affaire en état y reste quand des conclusions nouvelles sont prises, mais on ne peut échapper à cette conséquence ; il ne faut en tout cas pas accepter qu'une affaire soit réputée mise en état aussi par des conclusions prises inopinément, sans l'aveu de la partie adverse. La signification des conclusions n'est donc pas une condition formelle de la mise en état : à plus forte raison ne constitue-t-elle pas la mise en état elle-même. Cela ressort à l'évidence de l'article 343 et du décret du 30 mars 1808. Les arrêts sont nombreux sur la question ; ils sont unanimes pour déclarer que les conclusions signifiées n'existent pas pour le tribunal tant qu'elles ne sont pas portées à l'audience, pas plus les premières, sur lesquelles l'affaire est réputée en état, que les suivantes (3).

Il n'est pas sans intérêt de noter au passage à quoi correspond dans l'ancienne procédure le moment choisi par le Code pour être celui de la mise en état. Avant les plaidoiries le procureur lisait devant le tribunal ses conclusions. C'est à ce moment seulement qu'il accomplit cette formalité, et jamais il n'est question de poser les qualités à un autre moment, particulièrement pour la mise au rôle. Cet usage a son intérêt ; des hommes comme Pigeau s'y

(1) Glasson, *Traité*, T. I, p. 697 ; Paris, 3 mars 1877, D. P. 78-2-152 ; Sirey 79-2-324.

(2) Cass. Civ., 1^{er} mai 1908, D. P. 08-1-303.

(3) Il n'y a pas lieu d'entrer dans des détails au sujet de la mise en état dans l'instruction par écrit qui ne se pratique plus.

référaient implicitement en approuvant l'article 343 du nouveau Code. Au Châtelet de Paris, on admettait couramment l'avocat à lire les conclusions aux lieu et place du procureur ; on se rendait compte que celui-ci ne pouvait toujours être là justement au commencement des plaidoiries, dont le jour et l'heure sont incertains, et qu'ils ne fallait pas le déranger pour une simple formalité. Pourvu que l'avocat lût sans changer un seul mot les conclusions signées du procureur et restât découvert comme un procureur pour effectuer cette opération, le tribunal était satisfait (1). Au Parlement de Toulouse on permettait aussi à l'avocat de remplacer le procureur en pareille circonstance et d'obtenir sans l'assistance de celui-ci un jugement contradictoire. Mais on ne l'« obligeait » pas à le faire, parce que le procureur est le véritable défenseur de sa partie et, comme on dit, *dominus lilis* (2) Par contre si le Procureur était présent, « et que on l'appelât, on le forçait de se montrer et de conclure, et le jugement était contradictoire, quand même il ne faisait que requérir le renvoi ou consentirait qu'on prit défaut faute de plaider. Il en serait de même si le procureur faisoit comparoir un autre procureur ou un avocat comme chargé de la cause pour requérir le renvoi de la plaidoirie et qu'on ne trouvât pas à propos de lui accorder » (3). Il n'est prescrit nulle part de déposer par écrit les conclusions.

Ces vieux textes montrent combien le Code et les décrets ont introduit dans tout cela de formalisme un peu rigide. C'était d'ailleurs par application de principes nouveaux, très généraux et au-dessus de la question que nous étudions. Mais on peut appuyer aussi sur le fait que le moment de l'instance, que nous examinons, ayant été distingué, et chargé de conséquences qu'il n'avait pas auparavant, il fallait le délimiter avec plus de précision et indiquer exactement les actes qu'il comportait.

Quels sont les effets spécifiques de la mise en état de l'instance de l'article 343 ?

Il y en a deux, étroitement liés d'ailleurs, qui figuraient

(1) Pigeau. *Procédure du Châtelet*, T. I, p. 213.

(2) Rodier. *Questions sur l'ordonnance de 1667* ; p. 150.

(3) Rodier. *Questions sur l'ordonnance de 1667* ; p. 57.

autrefois parmi les effets très nombreux de la mise en état de l'ancienne procédure, la clôture des débats : l'instance ne peut plus être interrompue ; le jugement à intervenir aura nécessairement le caractère contradictoire.

L'impossibilité de toute interruption d'instance apparaît comme l'effet essentiel, celui au point de vue duquel le Code a défini la mise en état de l'article 343, qui ne ressemble à aucune autre. La mort d'une partie, dénoncée, ou la cessation de fonctions d'un avoué, *ipso facto*, interrompent l'instance et rendent nécessaire la formalité de la reprise d'instance, volontaire ou forcée. « Cela ne doit pas être, dit le tribun Perrin, quand les parties ont épuisé leurs moyens de défense, ou lorsque les fonctions de l'avoué sont devenues superflues ; c'est ce que le projet appelle la cause en état » (1). Nous avons déjà rencontré ce texte et dit ce qu'il fallait en penser. Quoi qu'il en soit, le texte légal est clair et a été appliqué sans difficulté. A vrai dire, il n'a pas manqué de plaideurs pour essayer de faire admettre après la mise en état l'interruption de l'instance en cas de mort d'une partie ou de cessation de fonctions d'un avoué ; il s'en est même trouvé pour soutenir qu'il y avait interruption par changement d'état d'une partie, ou cessation des fonctions dans lesquelles elle procédait, ou par révocation d'un avoué, — toutes causes qui n'interrompent l'instance à aucun moment ! Aussi, les arrêts sont-ils nombreux sur la question, mais unanimes.

Il y a eu par ailleurs des controverses sur l'effet des jugements déclaratifs de faillites et sur l'effet de la cessation des fonctions de syndics de sections de communes pour la période antérieure à la mise en état ; certains tribunaux admettent que ces changements d'état ou cessation de fonctions interrompent l'instance, nonobstant l'article 345, § 1^{er}, soit parce que le Code de commerce l'aurait modifié, soit parce que la cessation de fonctions de syndic de section de commune équivaldrait à un décès. Quoi qu'il en soit ces controverses sont restées sur le terrain qui précède la mise en état ; on ne les a pas portées au-delà ; nous n'avons donc pas à les examiner.

(1) Locré. *Esprit du Code de procédure civile* (passage cité p. 13, en note).

Il existe cependant un changement d'état qui peut produire un certain effet après la mise en état de l'instance : quand une partie est déclarée contumax par application de l'article 465 du Code d'instruction criminelle, toute action en justice lui est interdite. Les tribunaux ont décidé que cette interdiction est générale et absolue, tant en demande qu'en défense, et quel que soit l'état de la procédure au moment où elle est prononcée. Le contumax n'est plus admis personnellement en justice ; il y a là, plus qu'un changement d'état, quelque chose d'analogue à la mort civile ; celle-ci était autrefois assimilée à la mort naturelle et interrompait l'instance dans les mêmes conditions qu'elle. Pour la déclaration de contumace, qui n'est pas prévue au titre des interruptions d'instance, on applique un système un peu différent : elle rend nécessaire la mise en cause de l'administration de l'enregistrement au lieu et place du contumax, aussitôt qu'elle est prononcée, même sans notification, et même après la mise en état, mais on n'emploie pas la procédure de la reprise d'instance, qui consiste essentiellement en une assignation et en un jugement ; il y a bien assignation pour la mise en cause, il n'y a pas de jugement (1).

Enfin, il faut citer, pour être complet, l'article 310 du Code civil, qui n'introduit pas une exception à l'article 342, mais en étend au contraire le principe à toute l'instance en cas de demande d'homologation d'acte d'adoption : dès que cet acte a été porté devant les tribunaux, l'instance ne peut plus être interrompue par la mort de l'adoptant.

Si donc une partie disparaît, son avoué reste mandataire. Mais il peut être nécessaire de signifier des actes, des

(1) Paris, 5 mai 1891, D. P. 92-2-531. On peut citer aussi le cas qui s'est présenté de la révocation de l'autorisation maritale donnée à une femme pour ester en justice. En tout état de l'instance, elle rendrait la mise en cause du mari nécessaire. Mais dans une affaire en état, on a dispensé l'adversaire de cette formalité, qui n'est d'ailleurs pas une reprise d'instance, mais entraîne un retard dans le jugement, et on a estimé suffisante la demande d'autorisation de justice par simples conclusions adressées au tribunal chargé de rendre le jugement. (Cass. Civ., 3 fév. 1847, D. P. 47-1-161). Il n'y aurait pas de motif de repousser cette procédure, même avant la mise en état, si on la croit valable à partir de ce moment.

conclusions surtout, puisque la mise en état ne se place pas à la fin des débats. C'est une hypothèse que les auteurs du Code ont implicitement déclarée impossible. Elle n'est donc réglée nulle part. Pourtant, quand elle se présente, quelle valeur faut-il reconnaître à ces significations ? Pour respecter le principe : pas d'interruption, il faut admettre la validité de toutes les significations faites à l'avoué du défunt, même après notification du décès. Peut-il y répondre valablement aussi ? On est amené à répondre affirmativement, mais en distinguant : il faut qu'il y ait égalité entre les deux parties ; donc l'avoué du défunt doit pouvoir répondre valablement à son adversaire, et engager les héritiers de son client ; mais s'il agit en dehors d'eux, ils gardent le droit de demander des comptes, de se faire indemniser des dommages que les agissements de l'avoué pourront causer, et enfin de le désavouer le cas échéant.

Si c'est l'avoué d'une partie qui cesse ses fonctions, il faut aussi régler le cas où son ministère serait encore nécessaire, quoi qu'aient pu en penser les auteurs du Code. On devra donc admettre la signification par huissier à la partie sans avoué, des conclusions qui se signifient normalement d'avoué à avoué. Cette partie elle-même pourrait-elle répondre de même façon ? On ne voit pas de motif de lui en refuser le droit. Mais elle ne pourrait accomplir elle-même devant le tribunal les fonctions de son avoué ; car ici on se heurte aux lois sur le représentation des parties en justice, qui s'appliquent d'une façon générale, et sans distinction entre les moments divers de l'instance.

Mais il ne faut pas donner à l'article 342 et à sa première conséquence que nous venons d'étudier, un sens et une portée qu'ils n'ont pas.

Tout d'abord, cette conséquence cesse avec le jugement qui suit la mise en état. Il y a là une limitation qui sera étudiée plus loin, mais qu'il faut indiquer dès maintenant et retenir comme correspondant au caractère très étroit de la mise en état : c'est un cadre vide, avons-nous dit, où l'on peut mettre n'importe quel tableau. Dès qu'il y a jugement, le tableau est retiré, et le cadre redevient vide.

D'autre part, cet article contient une règle de procédure, de forme, qui ne touche en rien au fond du droit. Il dispense

de la formalité de la reprise d'instance, mais il ne peut le faire que si l'instance subsiste, si elle n'est pas éteinte par certains événements : ceci est une condition de fond, dont la réalisation seule permet l'application de l'article 343.

Or, il existe des actions purement personnelles, qui, en raison de ce caractère, ne se transmettent pas aux héritiers ou contre les héritiers d'une partie. Elles ne peuvent être ni commencées, ni continuées par ou contre eux. Et c'est ici que certaines Cours ont voulu faire intervenir l'article 342 pour y voir un ordre de juger quand l'affaire est en état (1), quels que soient les événements, et conclure que la mort d'une partie, après cette mise en état, même dans une instance personnelle, ne doit pas empêcher la continuation de la procédure et le jugement. Les actions qui ne sont pas transmissibles, le deviendraient par la mise en état. Le Cour de Besançon a notamment appliqué cette façon de voir en matière de séparation de corps (2). La Cour de Cassation a fait justice de cette erreur manifeste dans l'interprétation de l'article 342 (3). Il n'y a ordre de juger ou obligation de juger qu'après clôture des débats, dans le cas de l'article 506. Quant à l'article 342, il contient bien un ordre, si l'on veut, celui de continuer la procédure et de juger sans reprendre l'instance ni s'arrêter au défaut de reprise de l'instance qui est en état. C'est une dispense de formalités. Mais on ne peut juger que si l'instance existe toujours, si elle n'est pas éteinte.

La Cour de Besançon invoquait un autre argument, il est vrai, pour juger nonobstant le décès, et il a été repris souvent dans toutes sortes d'instances personnelles, interdictions, séparations de biens, etc..., sous la forme générale que voici : les intérêts pécuniaires en jeu, les accessoires de la demande, — dépens, révocation d'avantages matrimoniaux, date de dissolution de la communauté, etc... — ne sont pas purement personnels à l'une et à l'autre des parties primitives dans l'instance ; ils concer-

(1) A noter qu'il s'agit dans ce cas et les suivants, de la mise en état sur le fond seulement, à l'exclusion de celles qui peuvent précéder sur les exceptions, incidents, etc.

(2) Besançon, 21 juin 1869, D. P. 69-2-77 et note.

(3) Cass. Civ., 27 juillet 1871, D. P. 71-1-81.

nent leurs héritiers autant qu'eux et ils sont parfois considérables ; ils existent dans toutes les actions personnelles, — ne serait-ce qu'à raison des dépens. Aussi a-t-on cherché à admettre la transmissibilité de l'instance aux héritiers d'une partie, au moins à partir de la mise en état, en arguant du « droit de juger, nonobstant décès », de l'article 342 (1) Cet article donne bien le droit de juger, nous le verrons, mais c'est le droit de juger, nonobstant décès, les instances qui continuent à exister nonobstant décès. Or on peut soutenir qu'après la mort d'une partie, l'instance personnelle subsiste, réduite à son côté pécuniaire, mais la mise en état ne fait rien à l'affaire ; elle ne crée pas cet intérêt pécuniaire, qui existe dès que l'instance est commencée ; et si on le juge suffisant pour rendre l'instance transmissible, ce sera vrai d'un bout à l'autre de l'instance (2) ; dès qu'elle existera par l'assignation, et tant qu'elle ne sera pas éteinte par un jugement passé en force de chose jugée au jour de la mort d'une partie, les héritiers auront le droit de continuer la procédure et d'obtenir jugement, — après ou sans reprise, suivant les circonstances, simple question de détail ; de se servir de ce jugement, d'en faire appel, de répondre à l'appel, etc... La question doit se régler par des considérations qui lui sont propres, — et étrangères à notre sujet, antérieures à lui. On a confondu interruption avec extinction, et leurs contraires l'un avec l'autre ; or les deux termes ne sont pas sur le même plan ; une instance ne peut s'interrompre ou se continuer que si elle n'est pas éteinte.

Il est encore un cas où l'on a tiré de l'article 342 et de l'interruption d'instance, des conséquences fausses. Pour certaines actions personnelles, la loi même, et non plus la jurisprudence, a prévu la transmission de l'instance aux héritiers : articles 330 et 957 du Code Civil. Dans l'article 330, elle leur permet de « suivre l'action en réclamation d'état intentée par leur auteur ». La formule étant très

(1) Arrêts rapportés par Carré et Chauveau, *Lois de la Procédure*, T. III, p. 221.

(2) Dans l'ancien droit d'ailleurs où l'on admettait la reprise des instances en séparation de corps, réclamation d'état légitime, réparation des insultes, etc., on ne faisait aucune distinction suivant l'état de l'instance. (Pigeau, *Procédure du Châtelet*, T. I, p. 343.).

explicite, personne ne conteste que l'assignation suffira pour que les héritiers puissent « suivre l'action ». Mais l'article 957 s'exprime différemment : » La révocation (des donations pour ingratitude) ne pourra être demandée par le donateur contre les héritiers du donataire, ni par les héritiers du donateur contre le donataire, à moins que, dans ce dernier cas, l'action n'ait été intentée par le donateur ou qu'il ne soit décédé dans l'année du délit ». On peut discuter sur le sens de la première phrase, et, soit admettre que le donateur ne pourra « intenter », former une « demande » en révocation contre les héritiers du donataire, mais qu'il pourra continuer contre eux la demande formée contre le donataire ; soit au contraire penser que le donateur ne pourra jamais être demandeur contre les héritiers du donataire ; que leur apparition aux lieu et place de leur auteur décédé fera tomber l'instance *ipso facto*. Mais ce qui ne peut s'expliquer, c'est que l'on veuille trancher la question, ici encore, au moyen de l'article 342. On a conclu parfois, en effet, de ce qu'il faudrait une demande en reprise d'instance, au cas de mort du donataire avant la mise en état, que l'action en révocation s'éteint en ce cas, la loi interdisant « la demande de révocation » contre les héritiers du donataire ; qu'au contraire, après la mise en état, le donateur, n'ayant aucune « demande » à faire contre eux, l'instance se conserverait. On ne peut sérieusement donner au mot « demander » ce sens étroit : « lancer une assignation, une assignation quelconque, même en reprise d'instance, à l'exclusion de tout autre acte ». Qu'importe ce détail qu'il faille ou non une demande en reprise ? La dispense des formalités de reprise, accordée après la mise en état, empêche-t-elle les héritiers d'être parties au procès immédiatement ? Le donateur n'est-il pas toujours demandeur, et contre eux maintenant ? N'est-ce pas contre eux qu'il sollicite un jugement de révocation ? Si d'ailleurs les héritiers, comme ils en ont le droit, prennent effectivement la place de leur auteur dans l'instance en état, le donateur peut-il feindre qu'il ne demande pas la révocation contre eux ? alors surtout qu'il conclut contre eux ? Et même après le jugement, ne la demande-t-il pas encore en leur signifiant le jugement ? en leur faisant la signification de l'article 447 du Code de procédure ? Cette

interprétation n'est donc pas seulement étrange ; elle est inexacte. La loi admet comme suffisant que l'instance soit commencée contre le donataire personnellement, ou bien elle ne veut qu'à aucun moment le donateur ait devant lui ses héritiers ; voilà les deux points de vue réels. Et ce n'est pas dans un détail de forme qu'il faut chercher la solution de la difficulté.

Les rapports entre l'article 342 et les actions purement personnelles donnent lieu à une dernière observation. Dans certains cas, interdiction, déchéance de puissance paternelle notamment, s'il y a d'un côté une partie dont la mort éteint l'instance, il y a de l'autre un demandeur dont le droit d'action ne peut passer à ses héritiers comme tels et dans son patrimoine, mais qui partage ce droit avec quelques autres personnes. Celles-ci auraient pu agir de leur côté ; elles ne l'ont pas fait, peut-être parce que le demandeur s'en est chargé. Celui-ci vient à mourir au cours de l'instance ; elles ne prennent pas sa place *ipso facto*, si l'affaire est en état ; le défendeur ne peut les sommer de la prendre, si elle n'y est pas, puisqu'elles possèdent l'action, non comme les ayants-droit du demandeur, mais en leur qualité personnelle. Alors, conclura-t-on, l'instance est éteinte ? Ce serait logique. La jurisprudence cependant, pour des motifs de bon sens, d'économie de temps, d'argent et de travail, admet la reprise de l'instance par les autres titulaires de l'action, sans d'ailleurs leur en faire une obligation : ils peuvent commencer une instance sur nouveaux frais, si bon leur semble (1). La conséquence, au point de vue qui nous occupe, est une exception à l'article 342 : la mort du demandeur devrait éteindre l'instance, mais elle n'opère cet effet que sous condition : jusqu'à l'expiration du délai de péremption ; c'est donc une sorte d'interruption qui peut se produire à tout moment de l'instance, même après mise en état.

Cette première conséquence de la mise en état de l'article 342 : l'interruption de l'instance, était produite avant le Code de procédure civile par la seule mise en état

(1) Paris, 11 déc. 1903, D. P. 06-2-127. — Caen, 31 juill. 1878, D. P. 79-2-269. — Req. 28 janv. 1913, D. P. 14-1-85.

qui fût alors connue et qui est celle de l'article 506 encore aujourd'hui, la clôture des débats. Le Code l'en a détachée pour la rattacher à la nouvelle, qu'il a spécialement créée pour cela par l'article 343. Cette absence d'interruption d'instance était peu de chose autrefois, parce que la clôture des débats précède de peu le jugement ; c'était donc pendant un court laps de temps que les événements qui normalement interrompent, étaient privés d'effet. Aujourd'hui il n'en est plus de même. La règle était appliquée autrefois sans difficulté. Rodier cite comme une curiosité un arrêt de Paris qui, à une voix de majorité d'ailleurs, avait sursis au jugement d'une affaire en état, parce que la partie restée seule en cause par le décès de l'autre, demandait elle-même un délai pour assigner en reprise (1). Chenu cite dans le *Journal du Palais* un arrêt de la Chambre des Enquêtes du Parlement de Paris, qui en 1678, ordonna l'assignation en reprise d'instance des héritiers d'une partie décédée quand l'affaire était en état, sous prétexte qu'autrement on s'exposait à une requête civile, que les héritiers étaient principales parties intéressées au procès et qu'on ne pouvait rendre un arrêt valable contre eux (2). Il faut voir dans ces arrêts des exceptions aux règles unanimement suivies et des erreurs.

La première conséquence de la mise en état fait pressentir celle qui va être exposée : caractère nécessairement contradictoire du jugement à intervenir.

Les deux parties ont comparu, les deux avoués ont conclu ; il n'y a pas eu de défaut de part ni d'autre. Or l'instance ne peut plus être interrompue par décès d'une partie ni par cessation de fonctions d'un avoué : il n'y a donc pas seulement dispense des formalités de reprise d'instance, il y a aussi garantie que celle-ci garde le caractère qui lui a été donnée. On tient pour non avenus ces événements qui normalement devraient constituer la partie défaillante par caducité du mandat ou disparition du mandataire.

A fortiori les changements d'état, cessations de fonctions ou de qualités de l'une ou de l'autre des parties, les révocations d'avoués, sont-ils sans influence, puisqu'ils sont ino-

(1) *Questions sur l'ordonnance de 1667*, p. 414.

(2) Chenu. *Journal du Palais*, p. 279.

pérants dès avant la mise en état : l'instance reste contradictoire, même vis-à-vis des personnes nouvelles qui y entrent comme tuteurs, curateurs, etc., leurs noms ne figureront pas aux qualités du jugement, si elles n'ont pas fait volontairement un acte de reprise, à quoi rien ne les oblige. Cependant elles pourront l'exécuter, et on pourra l'exécuter contre elles.

Si la cessation des fonctions d'un avoué ne modifie pas le caractère de l'instance en état, la seule absence de l'avoué ou son refus de conclure à nouveau aux audiences ultérieures peut encore moins que sa disparition complète produire cet effet ; les motifs de l'absence ou du refus, la déclaration même faite par l'avoué qu'il n'a pas le pouvoir d'agir au nom de son client, ne peuvent effacer le caractère contradictoire donné par la prise des conclusions (1).

Mais ce caractère irrévocable n'existe que dans des limites déterminées et assez restreintes, c'est-à-dire pour le point sur lequel il y a eu une fois contradiction et dans le jugement qui suit sur ce point. Si après la mise en état une partie forme une demande incidente, additionnelle, reconventionnelle, etc., on admet bien que l'affaire reste en état au point de vue des interruptions, mais on n'étend pas d'office le caractère contradictoire au nouvel objet, si minime soit-il, sur lequel les deux parties n'ont pas encore conclu. D'autre part, quand un jugement est rendu, ou que l'affaire cesse d'être en état, la contradiction ne s'étend pas à la période de l'instance qui peut suivre. Tout ceci doit être indiqué seulement pour mémoire à cette place et sera revu de plus près quand nous rechercherons la façon dont l'instance cesse d'être en état, et les conséquences de cette mise hors d'état.

Sous l'empire de l'Ordonnance de 1667, la mise en état comportait aussi caractère contradictoire du jugement qui la suivait, mais comme toujours c'était la clôture des débats qui produisait cet effet. L'article 16 du titre 14 est ainsi rédigé : « Si au jour de l'assignation, la cause n'a point été appelée ou n'a pu être expédiée, elle sera continuée et poursuivie en la prochaine audience sur un simple acte

(1) On peut citer, parmi beaucoup d'autres arrêts : Req. 4 juin 1877, D. P. 78-1-485 ; 25 avril 1881, D. P. 82-1-155 ; 6 déc. 1892, D. P. 93-1-478. Cass. Civ., 2 juill. 1866, D. P. 66-1-323.

signifié au procureur. » A vrai dire la pratique assez générale négligeait cet acte et l'affaire revenait à l'audience suivante sans formalité. Cet usage, rapporté par Rodier et Couchot (1) paraît relativement récent et fondé sur un accord tacite des parties ; en cas de conflit, il a été admis que dans l'esprit de l'Ordonnance, même si les plaidoiries de l'affaire ont été commencées, il faut un acte pour convoquer l'adversaire à l'audience suivante, dans les mêmes conditions que si rien n'avait été fait (2) ; c'est donc que le jugement rendu sans l'accomplissement de cette formalité et en l'absence de la partie non sommée pour la deuxième audience, est par défaut, bien qu'elle ait comparu et conclu à la première. Au reste, lors même qu'on se dispensait de l'avenir à l'audience, on admettait fort bien au moins dans certains ressorts, la possibilité du défaut en cas de non-comparution à la deuxième audience : « Quand une cause a été appelée et continuée, si au jour indiqué, une partie manque de se présenter, le défaut que l'on obtient contre elle est fatal : la seule position de qualités faite à l'audience (à la première audience) contradictoirement, suffit à engager la cause » (3), — non à la rendre contradictoire : nulle part on ne saisit aussi nettement l'opposition entre la nouvelle et l'ancienne procédure.

Après ces deux premières conséquences, que le Code a détachées de l'ancienne mise en état pour les rattacher à la nouvelle, qu'il créait spécialement à cet effet, on en trouve d'autres, d'une origine différente : conséquences de l'ouverture des débats proprement dite, qui viennent se joindre à celles de la mise en état nouvelle, puisque les deux choses elles-mêmes, ouverture des débats et mise en état, ne se distinguent plus. On peut les grouper, — sauf une, —

(1) Rodier. *Questions sur l'ordonnance de 1667*, p. 151. — Couchot, *Le Praticien Universel*, p. 54.

(2) C'est-à-dire au délai de huitaine, comme le premier acte. (Rodier. *Questions sur les ordonnances de 1667*, p. 57). Mais si le premier acte lui-même n'était pas exigé, le second ne pouvait l'être ; c'était le cas lorsque l'affaire était « inscrite au rôle ». (Jousse, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance de 1667*, p. 190).

(3) Serpillon. *Commentaire sur l'ordonnance de 1667*, p. 168.

sous une seule rubrique : la saisine du juge, qui comprend un paragraphe indiscuté : le juge est saisi du litige et a le droit de le juger, sous certaines conditions, et un autre paragraphe sur lequel l'accord n'est pas entier : la détermination des juges.

Le juge est saisi du litige et a le droit de le juger, — sous certaines conditions. Le tribunal est déjà saisi, en un sens, par l'assignation ; ainsi, l'instance nouvelle devra être portée devant lui, même si l'adversaire conteste sa compétence ; on ne peut plus commencer une instance semblable devant un autre siège et il y aurait dans ce cas litispendance ; c'est le juge le premier « saisi » qui doit connaître légalement de l'affaire. Mais la mise en état de l'instance saisit le juge d'une façon beaucoup plus directe : avant elle il ignore cette affaire ; elle a bien pû être appelée en sa présence, il n'en connaît que le nom des parties et serait bien en peine de le juger. La mise en état consiste précisément à donner connaissance aux juges, à les saisir de l'objet du litige et des moyens des parties, par les conclusions lues à la barre et déposées entre les mains du greffier. D'après le décret du 30 mars 1808, ils ont le droit à partir de ce moment, de fixer un jour pour les plaidoiries, de les faire cesser, quand la cause est entendue, de rendre leur jugement. Ils ne sont d'ailleurs saisis que de ce qui est lu et déposé par écrit devant eux, objets et moyens, et tenus ultérieurement de statuer dans ces limites et dans ces limites seulement. Ils sont maintenant maîtres de l'instance telle qu'elle leur est présentée.

C'est ainsi qu'ils sont maîtres d'accorder ou de refuser les remises sollicitées (Décret du 30 mars 1808). Sans doute ils sont obligés de respecter les droits des parties pour la défense de leurs intérêts, notamment leur droit de faire plaider la cause à l'audience, mais ils ont le pouvoir d'apprécier la valeur des motifs allégués à l'appui des demandes de remise, et de passer outre le cas échéant, dût-il en résulter l'impossibilité pour une partie de faire plaider son affaire (1). La formalité esentielle était la mise en état :

(1) Req. 23 nov. 1896, D. P. 97-1-146 ; 2 mai 1910, D. P. 14-1-247.

aucun motif ne peut l'écourter ou la supprimer il n'en est pas tout à fait de même pour les plaidoiries.

C'est ainsi encore qu'ils ont le droit de juger, ou du moins de clore les débats par un jugement de délibéré, alors qu'aucune des parties ne se présente à l'audience fixée (1). Le décret du 30 mars 1918 prévoit bien dans ce cas la radiation du rôle, — ou une remise s'il y a cause légitime ; mais la Cour de Cassation a admis (2) que cette disposition du Décret a pour but de donner aux juges la faculté de supprimer une cause qui paraît abandonnée, et non celui de déroger à l'article 342 qui autorise à prononcer le jugement quand les conclusions sont prises. Certaines circonstances de l'espèce soumise à la Cour ont sans doute déterminé cet arrêt qui est unique sur la question, — et un peu singulier, bien que très juridique, car un décret ne peut évidemment modifier une loi. L'article 342 donne le droit de juger sans doute, mais il ne faut pas s'en servir comme d'un instrument à l'emporte-pièce, l'appliquer brutalement et universellement ; ainsi, nous l'avons déjà vu, ce droit de juger n'existe que si l'instance ne s'éteint pas avant le jugement ; de même, l'article 342, d'après les circonstances pour lesquelles il est fait, suppose qu'une des parties au moins requiert le jugement. Elles peuvent y renoncer pour toutes sortes de motifs : transaction en cours ou conclue ; acquiescement à la demande, etc... Elles doivent le faire par conclusions, soutient la Cour. Sans doute c'est plus logique et plus respectueux de la justice. Mais si elles se bornent à ne plus paraître à l'audience, les juges ne violent pas l'article 342 en radiant la cause du rôle, — car le décret seul a prévu le cas et le règle en termes impératifs ; et ils ne lèsent personne, ni les parties puisque l'instance n'est pas atteinte pour autant, ni l'ordre public, qu'on a cependant invoqué en disant que les parties ne pouvaient avoir la faculté de retarder le cours de la justice : l'ordre public n'est pas intéressé à ce qu'on juge les plaideurs contre leur volonté commune (3).

(1) Cass. Civ., 2 juill. 1866, D. P. 66-1-323.

(2) Req., 5 août 1844, D. P. 45-1-120.

(3) De ce que le juge est saisi par la mise en état, il ne faut pas conclure que tout référé devient impossible sur l'objet sur lequel porte la mise en état. On l'a soutenu cependant, surtout après la

Il ne faut pas chercher l'origine de ce droit de juger dans les effets de la mise en état de l'ancienne procédure : celle-ci emportait non pas le droit, mais l'obligation de juger, — et elle a conservé cet effet dans l'article 506. C'est dans les conséquences de l'ouverture des débats qu'il faudrait essayer de trouver quelque chose d'analogue. Les documents sont rares, parce que ce moment de l'instance n'a pas été étudié de près, comme il l'est maintenant, ayant pris une grosse importance. Tout au plus pourrait-on rappeler l'usage cité plus haut, mais contraire au fond à l'Ordonnance de 1667, de ne pas exiger d'acte pour faire revenir l'affaire sur placet qui a été commencée de plaider, à l'audience suivante, et le texte de Serpillon : « La position des qualités faite à l'audience suffit à engager la cause, » — c'est-à-dire à donner le droit de continuer l'instruction et de juger.

Nous arrivons au deuxième paragraphe annoncé plus haut : la détermination des juges. Le loi du 20 avril 1810, dans son article 7 ordonne « que tout jugement soit rendu par des juges qui ont assisté à toutes les audiences de la cause, à peine de nullité ». C'est une garantie de bonne justice, ou du moins de justice éclairée, fondée sur le bon sens le plus élémentaire, que celui-là seul puisse donner son avis qui a entendu toute l'instruction. Mais il est inutile que le juge ait assisté aux audiences où la cause a été simplement appelée, ou même à celles où elle a été remise par jugement (1) : l'affaire elle-même n'y a pas été étudiée. En fait donc la première audience où il est question de l'objet du litige, c'est celle où l'affaire est mise en état, où son objet

mise en état réelle par clôture des débats, en invoquant la litispendance. Il n'y a pas litispendance s'il y a urgence suffisante pour ne pas attendre un jugement et toutes les formalités de levée et de signification du jugement, qui peut en outre n'être pas exécutoire nonobstant opposition ou appel. L'extrême urgence suffit à constituer la compétence du juge des référés ; il l'apprécie souverainement, sauf contrôle de la Cour, et elle peut se présenter à tout moment de l'instance. Décider autrement serait s'arrêter à un formalisme étroit, contraire aux motifs mêmes de l'institution des référés.

(1) Req. 19 fév. 1900, D. P. 1900-1-174 ; 6 août 1872, D. P. 73-1-159 ; 8 août 1878, D. P. 79-1-272.

est exposé aux juges, qui en sont saisis, par les conclusions des parties ; et c'est donc la mise en état qui détermine les juges de la cause. En théorie cependant ce n'est pas vrai : dans certains cas l'affaire peut être débattue ou instruite à l'audience même, avant la mise en état : ainsi lorsqu'il y a enquête sommaire et s'il n'est pas rédigé de procès-verbal, l'affaire n'étant pas susceptible d'appel, les juges de la cause doivent être ceux qui ont assisté à l'enquête préalable à la mise en état. Mais le cas est si rare qu'il est négligeable, et on n'en trouve pas d'autre. L'identité entre les juges qui assistent aux mesures d'instruction et ceux qui participent au jugement de la cause n'est pas exigée en principe d'une façon absolue : ainsi en cas de comparaison personnelle, il suffit que les magistrats appelés à se prononcer aient entendu la lecture du procès-verbal ; on admet aussi que la présence à toute opération en dehors de l'audience, descente sur lieux par exemple, n'est pas exigée par la loi comme condition pour participer au jugement, et peut être supplée par la lecture du procès-verbal des opérations (1). Il n'y a pas de tolérance analogue pour la présence à la prise des conclusions à l'audience, à cause des termes de l'article 343 : celle-ci est donc le premier acte auquel il est toujours nécessaire que les juges aient assisté.

Le lien est étroit entre l'article 343 du Code de procédure civile et l'article 7 de la loi du 20 avril 1810, surtout parce qu'ils ont tous deux une portée analogue : l'affaire est en état sur un certain point jusqu'au premier jugement rendu ; de même les juges déterminés individuellement par leur présence à la prise des conclusions, à la mise en état, devront être les mêmes jusqu'au prononcé du même jugement inclusivement ; après quoi l'affaire n'est plus en état, les juges sont dessaisis, jusqu'au moment où on leur soumettra à nouveau quelque question ; ils peuvent donc alors disparaître, changer, etc..., le tout indépendamment de la question qui faisait l'objet de la mise en état : exception, incident, demande de mesure d'instruction sur le

(1) Bioche. *Dictionnaire de la Procédure*, T. IV, p. 770. — Cass. Civ., 13 juin 1898, D. P. 1901-1-385. — Req. 18 mars 1873, D. P. 74-1-376.

fond, le fond lui-même sans demande subsidiaire d'instruction (1).

La sanction de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 est la nullité du jugement. Cela ne fait pas difficulté quand il est violé parce qu'un juge nouveau vient remplacer un collègue empêché pour une cause quelconque, au délibéré, au jugement, au prononcé même du jugement. Mais quand ce changement de juge a lieu auparavant, la sanction de nullité du jugement se trouve doublée en quelque sorte par le caractère que l'on reconnaît au jugement : il peut devenir un jugement par défaut, et susceptible à ce titre d'opposition. On considère en effet le moment à partir duquel le nouveau juge a pris la place de l'ancien ; on déclare donc que la partie qui a conclu et plaidé en présence du tribunal comprenant le nouveau juge, a seule comparu et plaidé, et que l'autre a fait défaut. Il n'en reste pas moins que la partie qui a agi ainsi a agi illégalement ; car le changement de juge a mis l'affaire hors d'état, et le plaideur désireux de la remettre en état, est tenu d'appeler son adversaire à l'audience pour cette formalité. Si donc cet adversaire a le droit de faire opposition, il a toujours et avant tout celui de recourir aux voies de réformation, que la nullité pour vice de forme lui ouvre, et auxquelles il peut n'avoir point droit par ailleurs (2). L'opposition est une voie de recours supplémentaire et ne constitue pas la sanction directe du vice de forme. Cette mise au point peut d'ailleurs présenter un gros intérêt pratique : le plaideur qui fera déclarer nul un jugement, pourra également en faire annuler toutes les conséquences, et notamment les hypothèques judiciaires ; celui qui fera opposition à raison du seul caractère de jugement par défaut, n'obtiendra pas le même résultat si le jugement est finalement confirmé, bien que l'opposition ait été déclarée recevable en la forme.

Sur cette nécessité de la permanence des juges pour une même cause, on ne trouve aucun texte dans les Ordonnances, ni aucune remarque de commentateur. Les noms des

(1) Cass. Crim. 10 janv. 1879, D. P. 79-1-276.

(2) A vrai dire, il n'y a pas de voie de recours prévue spécialement pour le cas de nullité du jugement, mais le vice de forme constitue un moyen de cassation.

juges devaient bien être inscrits sur le registres d'audience ou « dictum » (édit des présidiaux, arrêts divers) (1) : c'est le moyen indispensable pour contrôler la permanence des juges dans une même cause, et aujourd'hui encore on l'emploie. Mais il n'apparaît pas qu'on l'ait utilisé à cette fin dans l'ancienne procédure.

D'autre part, dans le même ordre d'idées, « détermination des juges », la mise en état produit peut-être encore un effet en impliquant acceptation des juges, devant lesquels l'affaire est mise en état, et en rendant impossible par la suite toute récusation, toute demande de renvoi devant un autre tribunal pour parenté ou alliance, suspension légitime, etc... A vrai dire ce serait la conséquence logique du décret du 30 mars 1808 et de la loi du 30 avril 1810, dans celles de leurs dispositions que nous venons d'étudier : si les juges sont saisis directement par la mise en état et si les mêmes juges doivent participer à toutes les audiences de la cause pour la validité du jugement, il serait étrange qu'une partie puisse attendre la fin des débats ou même jusqu'au jugement pour proposer une récusation ou un renvoi. Mais le Code de procédure lui-même a réglé la question dans les articles 369 : « Le renvoi sera demandé avant le commencement de la plaidoirie, et si l'affaire est en rapport, avant que l'instruction soit achevée ou que les délais soient expirés ; sinon il ne sera plus reçu », et 382 : « Celui qui voudra récuser devra le faire avant le commencement de la plaidoirie, et si l'affaire est en rapport, avant que l'instruction soit achevée ou que les délais soient expirés, à moins que les causes de la récusation ne soient survenues postérieurement ». Ce dernier membre de phrase ne figure pas dans l'article 389 ; la restriction qu'il contient s'applique néanmoins le cas échéant. Mais cela importe peu à notre point de vue : nous n'avons qu'à étudier ici que les rapports entre la mise en état de l'instance et les causes de récusation ou de renvoi qui lui sont antérieures.

Ces deux textes ont soulevé une première controverse :

(1) Pothier. *Œuvres complètes*, T. XXIV, p. 156. — Jousse, *Nouveau Commentaire*, p. 458.

ils indiquent le commencement des plaidoiries comme limite des demandes de récusation ou renvoi ; or, ils rappellent singulièrement l'article 343 dans sa définition de la mise en état, et lorsqu'il admet cette fiction que « les plaidoiries sont réputées commencées quand les conclusions auront été prises contradictoirement à l'audience ». On a donc soutenu et il est admis généralement que la même fiction doit être adoptée pour les articles 369 et 382(1) ; en cas d'instruction par écrit, ces articles sont d'accord avec l'article 343 : ne doit-on pas supposer que leurs auteurs voulaient établir une concordance entre elle et l'instruction verbale ? Enfin, comme nous l'avons dit, le décret du 30 mars 1808 et la loi du 20 avril 1810, n'amènent-ils pas par un autre chemin, à voir dans la mise en état l'acceptation des juges et par suite l'impossibilité de toute proposition ultérieure de renvoi ou récusation ? Ce dernier argument, argument de fond, serait le meilleur. Mais rien dans les travaux préparatoires ne prouve que les auteurs des articles 369 et 382 aient voulu établir une concordance entière avec l'article 343 (2). Faut-il alors réparer l'oubli présumé du législateur, et réputer ici aussi les plaidoiries commencées par la prise des conclusions ? Il semble qu'une bonne méthode d'interprétation, — et fréquemment employée — consiste à réparer seulement les oublis regrettables. Or, celui-ci ne l'est pas, au moins pour la récusation. Nous avons vu les conséquences mauvaises produites par la fiction de l'article 343 : ne les reconnaissons que là où un texte formel nous y oblige. Cantonnons-nous donc ici aussi dans un texte formel, et n'obligeons pas une partie à récuser un juge longtemps avant que l'affaire vienne à l'audience. Pendant ce temps, que de changements sont possibles dans la composition du tribunal ! La récusation prématurée peut être un incident inutile ; la récusation trouve sa place

(1) Dijon, 25 avril 1861, D. P. 61-2-103 ; Nîmes, 8 janv. 1880, D. P. 82-2-96 ; Bonfils, *Traité*, p. 580 ; Garsonnet, *Traité*, T. II, p. 582 ; Contrà : Boitard et autres cités par Garsonnet, *loc. cit.* ; Boitard, *Leçons*, T. I, p. 645.

(2) Pigeau cependant, un des auteurs du Code, dit, mais dans son *Commentaire* seulement, que la récusation doit être proposée avant la mise en état pour éviter qu'on y ait recours plus tard afin de retarder le jugement de l'affaire en état. (*Commentaire*, p. 429).

véritable au moment des plaidoiries, et la reculer jusque là ne lèse aucun intérêt. Pour le renvoi pour parenté ou alliance, on peut admettre la même solution (1), mais il faut reconnaître que la situation est différente : il ne s'agit pas de savoir si tel juge, récusable et facilement remplaçable, sera encore présent et assistera aux plaidoiries ; c'est le tribunal tout entier qui doit être écarté : il n'y a plus le même intérêt à attendre le jour lointain des plaidoiries pour proposer le renvoi.

Que l'on adopte l'une ou l'autre solution, on se heurte immédiatement après à une autre difficulté : s'agit-il des plaidoiries, ou conclusions, sur le fond seulement, ou de celles qui commencent l'instance, qu'elles se rapportent à une exception, un incident, etc., pourvu qu'elles soient les premières ? Dans la jurisprudence ancienne, citée par Bioche (2), des récusations, et des demandes de renvoi pour suspicion légitime, qui leur sont assimilables, n'ayant pas été prévues par la loi, ont été admises jusqu'aux conclusions sur le fond (3). Aujourd'hui la solution contraire prévaut, au moins pour la récusation (4), car on ne trouve pas d'arrêt relativement aux demandes de renvoi pour parenté ou alliance (5).

Pour savoir quel parti prendre, il faut d'abord reconnaître que, normalement (6), les causes de récusation ou de renvoi valent aussi bien pour le jugement d'un incident

(1) Cf. par analogie les arrêts rendus en matière de suspicion légitime. — *Contrà Req.*, 26 janv. 1881, D. P. 81-1-424.

(2) *Dictionnaire de Procédure*, T. V, p. 787.

(3) Et même jusqu'aux conclusions reprises sur le fond après un interlocutoire. (Carré et Chauveau, *Lois de la Procédure*, T. III, p. 357). Bioche, *Dictionnaire de Procédure*, T. IV, p. 505, n° 44. (Arrêt de Metz, 4 août 1818, rapporté dans D. P. 19-536).

(4) Glasson. *Précis*, T. I, p. 968.

(5) Mais on trouve en doctrine l'opinion conforme de Boitard, *Leçons de Procédure*, T. I, p. 402 et 462.

(6) Le 3^e de l'article 378 seul fournit un exemple où le juge est récusable, non pour ses rapports avec une personne, mais à raison de l'objet de litige qui lui est soumis. On pourrait supposer d'ailleurs aussi bien que son propre procès ressemble à celui qui lui est soumis par le fond ou par une exception, et il serait récusable sur l'un des deux points seulement. Mais c'est un cas isolé qui ne saurait décider de la règle générale à adopter.

quelconque que pour celui du fond, — à l'exception naturellement des mesures comme une remise d'affaire, le défaut-profit joint, etc. (1). Le juge ou le tribunal suspect le seront autant pour juger une question de nullité, de compétence même, que pour trancher le litige tout entier : car ces questions sont loin d'être simples. Le parti-pris le moins volontaire peut déterminer un avis dans un cas douteux, et la solution de ces cas peut avoir une grosse importance pour les parties. Si de cet argument de bon sens, nous voulons passer à un argument de texte, nous trouvons un chaos d'où il est difficile de dégager quelque chose de précis. Les articles 369 et 382 ressemblent assurément à l'article 343 ; si l'on admet une corrélation voulue, il faut en conclure que les premières plaidoiries ou conclusions vaudront acceptation du tribunal et des juges personnellement, pour toute l'instance, qu'il s'agisse ou non du fond lui-même ; la mise en état, en effet, s'applique indistinctement à toute question portée au tribunal, et nous avons vu que l'article 343 ne distingue pas, qu'on ne pourrait d'ailleurs pas le faire bien souvent, et que la mise en état est un cadre vide.

Le raisonnement est séduisant parce qu'il ramène à la conclusion du bon sens. Mais on ne peut pas être sûr qu'il est entièrement fondé, parce que rien ne prouve la corrélation voulue entre les trois articles. Au contraire, il est un peu troublant de trouver dans l'ordonnance de 1737, article 28 (source de l'article 389) : « Les causes et procès dont la plaidoirie ou le rapport auront été commencés ne pourront être évoqués sous le prétexte de parenté ou alliance » et de constater, en lisant les commentateurs, que cet article était interprété à peu près unanimement comme visant les plaidoiries et rapports *sur le fond*. La même ordonnance dans son titre 4, décide : « Ceux qui auront droit de Committimus pourront se pourvoir devant les juges de leur privilège, tant en demandant qu'en défendant, pour les causes non contestées devant d'autres juges ». Et cela signifiait : non débattues sur le fond. Les commentateurs (2) disent

(1) Contra Dalloz. Répertoire, v^o Renvoi, n^o 183.

(2) Jousse. *Nouveau Commentaire sur l'ordonnance de 1667*, p. 30 et 71. — Rodier. *Questions sur l'ordonnance de 1667*, p. 187.

que, pour les évocations également, la « contestation en cause », c'est-à-dire le premier jugement sur le fond rendait impossible le dessaisissement du juge. Dans l'ancienne procédure donc, ni exception, ni fin de non-recevoir, de non-procéder, etc., n'empêchaient de proposer ensuite l'évocation pour privilège ou pour parenté ou alliance. Mais à vrai dire, cet usage, si bien établi qu'il fût, n'était pas imposé explicitement par les textes de l'Ordonnance de 1737, article 28 ; celui-ci, comme l'article 389, qui en est la copie, pouvait s'appliquer aux plaidoiries sur le fond ou aux autres ; ce sont les commentateurs qui ont pris parti, parce qu'ils estimaient que le refus de débat au fond, la soumission aux juges d'une cause de refus, exception, fin de non-recevoir, de non-procéder, etc., n'impliquait acceptation du juge que pour la connaissance de cette cause de refus. C'était une opinion. Il en reste que les textes nous laissent toute liberté en définitive. Dès lors, pourquoi ne pas adopter la solution qui paraît plus vraie, plus en rapport avec la réalité ?

Au reste, nous l'avons dit, c'est celle qui a été adoptée pour la récusation. Cependant, dans ce cas, comme pour les évocations, renvois, etc., que nous venons d'étudier particulièrement, la théorie et la pratique antérieures au Code étaient contraires à la solution actuelle. Des textes anciens, non-seulement l'Ordonnance de 1667, mais les Ordonnances du xvi^e Siècle, admettaient la récusation en tout état de cause, sur affirmation que le motif de récusation était venu depuis peu à la connaissance de celui qui le proposait : cette affirmation était acceptée sans difficulté, et en fait les parties avaient la plus grande latitude pour récuser, jusqu'au moment où les juges commençaient à délibérer (1). La pratique amenait des abus dont se plaignaient déjà les commissaires chargés de la préparation de l'Ordonnance de 1667 (2), mais sans y chercher de remède. Toutefois, les commentateurs (3) prennent soin

(1) Pigeau. *Procédure du Châtelet*, T. I, p. 367 et 213.

(2) Serpillon. *Commentaire sur l'Ordonnance de 1667*, p. 460.

(3) Rodier. *Questions sur l'Ordonnance de 1667*, p. 395. — Cf. également Bornier. *Conférence*, p. 220. — Pothier. *Œuvres complètes*, T. XXIV, p. 51.

d'apporter quelque précision dans la règle : s'inspirant des mêmes principes que pour le cas de renvoi, ils complètent le texte de l'Ordonnance, parlent de contestations en cause et refusent le droit de récuser après ce moment pour un motif connu auparavant. Ce n'est en somme qu'une application particulière du principe : on doit récuser dès qu'on en connaît une cause ; le fait d'engager le débat emporte acceptation des juges et renonciation au droit de récusation. On a donc cherché par cette règle à limiter exactement la période des récusations, à l'empêcher de se prolonger jusqu'au jugement, dès qu'une bonne occasion se présente de la déclarer close. Mais on ne s'est pas demandé s'il n'y avait pas lieu de la clore encore beaucoup plus tôt. Les auteurs du Code trouvèrent donc ici une doctrine analogue à celle qui est rapportée sur le cas de renvoi, mais aucun texte contenant une précision semblable à celle qui avait été obtenu pour le cas voisin et qui a été rappelée. Voulant remédier aux abus de la pratique, ils ont introduit en matière de récusation l'article 369, visiblement rédigé d'après l'article 28 de l'ordonnance de 1737, relatif au cas de parenté ou alliance, qui a donné naissance directement à l'article 382 ; on peut dire qu'ils ont voulu adopter une seule et même solution dans les deux hypothèses. Mais, nous l'avons vu, leur texte ne tranche pas clairement la question que nous nous sommes posée : s'agit-il des plaidoiries au fond ou des premières plaidoiries ? Et à défaut d'indication de leur intention dans les travaux préparatoires, on peut admettre dans les deux cas et on a admis qu'il s'agissait des premières plaidoiries de l'affaire, quel qu'en fût l'objet.

Il faut donc conclure que la première mise en état, ou du moins les premières plaidoiries, emportent acceptation du tribunal en général, et acceptation des juges individuellement (1). Et nous verrons que les effets de cette première mise en état ne cessent pas avec elle, mais se prolongent

(1) Il faut noter que ces règles ne s'appliquent pas à l'abstention volontaire d'un juge : on peut induire de certains actes des parties qu'elles acceptent un juge, mais on ne peut contraindre à aucun moment à juger, le magistrat qui croit devoir s'abstenir : la chose est trop délicate. On peut seulement établir des garanties pour les parties en obligeant le juge à déclarer ses raisons à ses collègues.

pendant toute l'instance, sauf naturellement survenance d'un événement nouveau.

A ces conséquences de la mise en état, en tant qu'ouverture des débats, réunies sous la rubrique : détermination des juges, il faut, pour être complet, en ajouter une, très particulière : en appel de jugement sur contredit d'ordre, la mise en état clot la période pendant laquelle on doit dénoncer à la partie saisie l'appel interjeté. Certains tribunaux ont soutenu que le délai d'appel de dix jours n'était pas le délai imposé pour faire cette dénonciation, et comme il fallait déterminer un délai quelconque, ils ont déclaré qu'elle devait être faite à temps pour que le saisi puisse être présent à la mise en état de l'instance en appel (1) : il peut à la rigueur ne pas assister aux formalités préliminaires, mais pour garantir ses droits, pour que sa présence puisse servir à quelque chose, il faut lui permettre d'assister aux débats à l'audience ; l'appeler au milieu ou à la fin serait le mettre dans l'impossibilité ou réduire beaucoup la possibilité pour lui d'exercer son droit d'examiner les contestations soulevées. La solution serait logique si le délai de dix jours ne s'appliquait pas au saisi comme aux créanciers, mais la jurisprudence admet généralement maintenant que le délai est uniforme.

Enfin, après cette double série de conséquences, discutables parfois, mais spécifiques, de la mise en état, il faut en relever une autre, qui a son intérêt, mais qui est produite en principe par un grand nombre d'actes de l'instance : l'interruption de la péremption. « Tout acte de poursuite, émanée d'une partie quelconque et ayant pour objet la continuation de l'instance interrompt la péremption », dit Boitard (2) : « tout acte manifestant chez le demandeur l'intention de continuer l'instance, chez le défendeur, celle de ne pas se prévaloir du temps écoulé », dit Bonfils (3). La mise en état rentre parfaitement de part et d'autre dans ces définitions. Et d'ailleurs il n'est pas contesté en jurisprudence qu'elle ait cet effet interruptif ; elle constitue un

(1) Cass. Civ., 18 nov. 1873, D. P. 74-1-74.

(2) *Leçons*, T. I, p. 659.

(3) *Traité*, T. I, p. 407.

acte de poursuite, tel que l'article 397 du Code de procédure civil en prévoit pour produire cet effet. Ce principe admis, on a cherché à attribuer à la mise en état deux autres effets, qui lui seraient vraiment particuliers.

D'une part, raisonnant d'après le § 2 de l'article 397 : « Le délai (de péremption) sera augmenté de six mois dans tous les cas où il y aura lieu à demande en reprise d'instance ou constitution de nouvel avoué » on a décidé que la péremption qui commence à courir après la mise en état, peut toujours être proposée après trois ans, sans distinction, puisqu'après la mise en état, il n'y a précisément plus d'interruption possible (1). La loi n'a pas voulu qu'une instance interrompue fût soustraite à la péremption et qu'on pût la faire revivre par surprise longtemps après, abus qui a existé autrefois ; elle a tenu compte cependant de ce que la préparation des formalités de reprise d'instance peut nécessiter un certain délai, et elle a sauvegardé les intérêts de tous en prolongeant de six mois le délai normal de la péremption. Mais quand l'instance est en état, il n'y a pas lieu de prendre ces mesures spéciales : elle ne peut être interrompue, il n'y a aucune formalité à remplir, et par conséquent aucun délai supplémentaire. Toute cette argumentation est à approuver. Et nous pouvons reconnaître là une conséquence spécifique de la mise en état, mais au deuxième degré en quelque sorte, puisqu'elle est entraînée surtout par l'impossibilité de l'interruption de l'instance, qui est l'effet au premier degré de la mise en état.

D'autre part certains auteurs ont admis que la mise en état, non- seulement interrompait la péremption, mais encore en suspendait le cours et rendait cette péremption impossible par la suite, sous le prétexte qu'il n'y a plus de poursuites possibles après elle, et que l'article 397 devient inapplicable. On répond facilement à cette argumentation en rappelant combien la mise en état actuelle est prématurée dans l'instance, et qu'elle peut être suivie de conclusions, nombreuses même : or signifier des conclusions, les prendre à l'audience, n'est-ce pas faire acte de poursuite ? Et puis, en droit, il y a un argument plus probant encore : après la mise en état réelle, c'est-à-dire après la clô-

(1) Glasson, *Précis*, T. II, p. 33.

ture des débats, aucune poursuite n'est plus possible, mais les parties ont le droit de sommer le juge négligent de rendre son jugement, à peine de prise à partie (article 507); même à ce moment donc, elles ne peuvent se prétendre désarmées et dans l'impossibilité de faire avancer la procédure, tout étant entre les mains du juge. Aussi la jurisprudence admet-elle unanimement aujourd'hui, après quelques hésitations dans les premières années du Code (1), que la péremption court après la cloture des débats (2); à plus forte raison doit-on reconnaître qu'elle court après leur simple ouverture, la mise en état. Celle-ci ne produit donc aucune conséquence à ce point de vue.

Il ne faut pas chercher d'autres effets à la mise en état de l'article 343. Nous venons de lui reconnaître ceux de tout acte de poursuite de l'instance; nous avons discerné ceux qu'elle produit en tant qu'elle est placée depuis le Code au moment de l'ouverture des débats; nous avons même saisi pour commencer deux des conséquences que l'ancienne mise en état produisait, et qui ont été rattachés à la nouvelle; il faut reconnaître que toutes les autres sont restées attachées à cette ancienne mise en état et sont passées avec elle dans notre Code; que les autres actes de l'instance ont gardé aussi leurs conséquences propres; que la mise en état de l'article 343 ne produit en général celles qu'on a groupées autour d'elle que dans la limite restreinte où elle existe, c'est-à-dire jusqu'au jugement qui la suit, ou jusqu'au moment où se produit une cause quelconque de mise hors d'état, — et sur l'objet restreint sur lequel elle porte, qu'elle encadre: incident, exception, etc... Et l'on verra l'institution nouvelle du Code de procédure réduite à ses véritables proportions, — qui sont fort petites.

Ainsi c'est toujours la mise en état par clôture des débats qui fixe l'objet du litige, ou mieux du jugement à intervenir. Elle clôt en effet la période pendant laquelle des conclusions peuvent être déposées devant le tribunal pour l'en

(1) Req. 7 mars 1820, D. P. 1820, p. 230.

(2) Lyon, 21 juin 1836, D. P. 37-2-156. — Cf. Glasson, *Précis*, T. II, p. 33. — Carré et Chauveau, *Lois de la Procédure*, T. II, p. 392. — Garsonnet, *Traité*, T. VI, p. 536. — Rodière, *Cours*, T. I, p. 494.

saisir, période ouverte par la mise en état de l'article 343. Après celle-ci, on peut modifier ses conclusions, les augmenter, les réduire, les transformer même d'une façon importante, jusqu'à la clôture des débats. A ce moment seulement le tribunal sait exactement et définitivement ce qui lui est soumis, et les moyens qui lui sont donnés pour juger ; on ne peut plus prendre de nouvelles conclusions ni déposer de nouvelles pièces ; les juges ne peuvent solliciter des renseignements d'un tiers, etc., sans au moins une réouverture des débats et la possibilité de discussion offerte à toutes les parties sur les conclusions ou documents nouveaux. On en tire une série de conséquences importantes : ainsi les juges peuvent juger et motiver leur décision dans les limites seulement qui sont déterminées à la clôture des débats, à peine de nullité pour jugement *ultra petita* (1) ; par contre ils doivent juger dans toutes ces limites, à peine de nullité pour jugement incomplet ou défaut de motifs. De plus, puisque c'est la clôture des débats qui fixe l'objet du litige, c'est d'après elle seulement que l'on saura la valeur du litige, et par conséquent si le jugement sera ou non susceptible d'appel. C'est indiscutable dans les cas de modifications survenues depuis l'assignation ou la mise en état de l'article 343, et antérieures à cette clôture des débats ; c'est contestable quand il s'agit de modifications postérieures, non par conclusions puisqu'elles ne sont plus possibles, mais par décès d'une partie par exemple, qui doit entraîner *ipso facto* la division des dettes et créances entre héritiers, et peut réduire la part de chacun à une valeur inférieure à celle du taux du dernier ressort, tandis que la créance ou dette totale du *de cujus* lui était supérieure. C'est la clôture des débats encore qui entraîne la fixation des parties ; sans doute la mise en état de l'article 343 ébauche cet effet comme elle ébauche les autres ; mais la mise au point n'a lieu qu'à la fin des débats. Après la mise en état, l'instance ne peut plus s'interrompre, les parties nouvelles à la suite d'un décès, un avoué constitué en remplacement d'un autre, et même un tuteur nouveau, un mineur devenu majeur, ont seulement le droit de demander acte au tribunal de leur comparution et de

(1) Mais pour les motifs, ils peuvent suppléer d'office ceux qui sont d'ordre public et qui n'ont pas été articulés par les parties.

figurer en nom ou en leur qualité nouvelle dans le jugement. La clôture des débats, l'ancienne mise en état arrête aussi le cours de ces changements possibles. Enfin et toujours comme autrefois, elle crée l'obligation pour le juge de rendre sa sentence à peine de prise à partie.

De même les autres actes de l'instance ont conservé leurs effets propres. Ainsi, c'est toujours la demande en justice qui interrompt la prescription, fait courir les intérêts et constitue le défenseur, possesseur de mauvaise foi ; c'est elle qui crée l'instance ; que le défenseur fasse ou non défaut, elle existe quoi qu'on en ait dit ; elle n'a pas besoin d'être contradictoire pour exister et le défenseur en a bien la preuve le jour où le jugement de défaut lui est signifié ; c'est elle qui « saisit » le tribunal d'une façon générale, la mise en état de l'article 343 n'étant que le port à l'audience de tel ou tel point de l'instance ; c'est elle qui détermine d'une façon générale aussi l'objet de l'instance, en établissant certaines limites dans lesquelles on pourra avancer ou reculer, — *eadem causa petendi*, — mais d'où l'on ne pourra sortir : la mise en état ne joue ici qu'un rôle de deuxième plan entre l'assignation et la clôture des débats (1).

De même encore, les conclusions signifiées gardent toute leur valeur propre et produisent certains effets qu'il ne faut pas attacher à la mise en état. Sans doute si elles ne sont pas posées devant le tribunal et lues devant lui, celui-ci n'en est pas saisi et n'a pas à statuer sur elles. Mais les conclusions simplement signifiées peuvent contenir des reconnaissances et des aveux, qui seront retenus à bon droit comme commencement de preuve par écrit ; elles peuvent contenir des offres et tant qu'elles ne sont pas formellement retirées, l'adversaire a le droit de les accepter et d'obliger ainsi le pollicitant. Les conclusions impliquent acceptation du débat sur l'objet des conclusions (2), et on

(1) Mais la clôture des débats fixe-t-elle la compétence ? Celle-ci est déterminée par la demande en justice, en principe ; et on admet que la réduction postérieure de la demande ne force pas à revenir du tribunal devant le juge de paix. Mais dans l'hypothèse inverse, on décide de façon contraire à cause du caractère de juridiction d'exception de la juridiction du tribunal de paix.

(2) Ainsi la partie non en cause en première instance, intimée en appel qui répond par conclusions sans protester ne peut plus le faire après. Angers, 14 juin 1866, D. P. 66-2-143.

en tire deux conséquences importantes. D'abord le demandeur ne peut plus se désister sans acceptation du désistement par le défendeur (1). Il en est ainsi que les conclusions aient été simplement signifiées (2) ou prises dans la forme légale à la barre sans avoir été signifiées (3); dans ce dernier cas sans doute, la mise en état peut être retardée de quelques jours, si l'adversaire l'exige, pour défaut de signification avant les trois jours qui ont précédé l'audience; mais les conclusions existent tout de même et elles produisent leur effet. Ensuite, deuxième conséquence des conclusions, les exceptions sont couvertes : toutes les exceptions si on a conclu au fond, ou les exceptions antérieures à celle sur laquelle on a conclu. Le raisonnement est le même ici encore, mais au bénéfice de l'autre partie, celle contre laquelle on a conclu. La pratique est ici nettement fixée dans le sens exposé, admettant que tout acte impliquant acceptation du débat entraîne renonciation aux exceptions, non seulement donc les conclusions, signifiées ou déposées, mais les simples sommations de communiquer relatives au fond ou à une exception qui n'a pas le premier rang, la comparution en conciliation dans l'instance de divorce (couvrant l'incompétence), la mise au rôle général de l'affaire (couvrant les exceptions dilatoires de celui qui y fait procéder). C'est le bon sens même : les parties doivent savoir dans quel ordre il faut procéder ; si elles franchissent quelques étapes, on est en droit de croire qu'elles en ont envisagé et accepté les conséquences. Ici encore donc, la mise en état n'a pas de rôle à jouer ; elle pourra en fait produire quelque effet si les conclusions n'ont pas été prises auparavant et ce sera le cas dans les tribunaux sans avoués, mais on ne peut lui reconnaître une influence spécifique.

Voici donc la mise en état de l'article 343 réduite à ses justes proportions, — qui sont fort exigües. Après en avoir

(1) A moins que le désistement ne soit précisément la reconnaissance du bien-fondé des conclusions adverses sur une nullité, ou incompétence, etc.

(2) Dijon, 31 déc. 1901, D. P. 02-2-295. Cf. Glasson. *Précis*, T. II, p. 20-21, qui laisse cependant quelque doute, la question n'étant pas directement tranchée.

(3) Paris, 3 mars 1877. Sirey, 79-2-324 qui l'applique plus particulièrement à la deuxième conséquence exposée plus bas.

fait le tableau, il y a lieu de se demander quel en a été le modèle. Le texte même de l'article 343 semble nouveau, et il paraît créer une innovation, nous l'avons vu. Cependant il est admis communément que la mise en état de l'instance correspond à la *litis contestatio* de la procédure romaine. Que faut-il en penser ?

Historiquement la *litis contestatio* romaine est représentée dans l'ancienne procédure par la contestation en cause. Nous verrons plus loin les rapports qui existent, — ou qui n'existent pas, entre l'une et l'autre. Nous devons d'abord rechercher ceux qu'on peut trouver entre la mise en état et l'institution qui l'a immédiatement précédée.

La contestation en cause, à la fin du régime de l'Ordonnance de 1667, était quelque chose d'assez négligé et d'un peu flou. L'Ordonnance cependant s'expliquait sur ce sujet ; le titre 14 est intitulé : « Des contestations en cause », et l'article 13 en donne la définition : « La cause sera tenue pour contestée par le premier règlement, appointment ou jugement qui interviendra après les défenses fournies, encore qu'il n'ait pas été signifié ». Le texte est un peu succinct ; et on peut se demander au premier abord s'il s'agit du premier jugement rendu dans l'affaire, quel qu'en soit l'objet, la teneur, ou du premier jugement sur le fond. Les commentateurs eux-mêmes ne s'expliquent pas clairement sur la question, sans doute, parce qu'ils ne se l'étaient jamais posée, la réponse allant de soi. Nous en avons la preuve par Jousse qui en touche un mot (1), et surtout par Pothier, qui en cette occasion comme en tant d'autres, marque sa supériorité manifeste par la clarté et la logique avec lesquels il traite le sujet d'une façon brève et complète à la fois. C'est donc lui qui nous apprend ce qu'était véritablement le contentieux en cause (2) : La consécration irrévocable par un jugement quelconque du fait que les deux adversaires avaient conclu devant le tribunal sur le fond du litige. Ce dernier fait lui-même, la prise des conclusions, devait avoir sa valeur propre et ses conséquences directes, et pratiquement on l'admettait bien ainsi ; mais théoriquement c'était le premier jugement survenu après,

(1) Jousse, Nouveau Commentaire sur l'ordonnance de 1667, p. 71 et commentaire sous l'article 13 du titre 14, p. 197..

(2) Pothier, *Œuvres complètes*, T. XXIV, p. 73.

— même un jugement de simple remise, qui permettait de tenir la cause contestée, et d'une manière définitive, sans que les parties puissent y revenir. Cette contestation en cause entraînait certaines conséquences : elles avaient trait essentiellement à la désignation et à la composition du tribunal chargé de statuer sur le fond du litige. « Parmi nous, les effets de la contestation en cause se réduisent presque à cela seul qu'on ne peut plus proposer de fin de non-recevoir sauf si le juge était incompétent, *ratione materiae*, ni évoquer soit à raison de privilège, soit à raison de parenté ou alliance » (1). « Parmi nous », dit Rodier : il oppose la contestation en cause réduite dans son importance à la *lilis contestatio* qui tenait une place de premier rang dans la procédure romaine. C'est un sujet auquel nous arriverons bientôt. Pour l'instant nous devons remarquer que les effets de la contestation en cause ne sont pas présentés d'une façon systématique dans l'Ordonnance de 1667 qui ne la cite et ne la définit que pour n'en plus reparler. Les auteurs ne présentent pas non plus ses effets groupés comme dans un tableau. Pothier lui-même, qui, avançant ici aussi son époque, a traité la matière de la procédure d'une façon moderne ou, comme l'on dit aujourd'hui, scientifique, a étudié la contestation en cause, mais s'est borné à rechercher en quoi elle consistait. Cependant dans beaucoup d'autres chapitres, la contestation en cause apparaît, présentée comme entraînant telle ou telle conséquence. Elle est prise d'ailleurs dans un sens plus large que dans l'Ordonnance : c'est purement et simplement la défense au fond devant le tribunal, et on lui reconnaît comme telle des conséquences que l'Ordonnance attribue à la défense au fond ou même qu'elle attribue à d'autres faits dont elle ne traite pas. Toute une doctrine et une jurisprudence se sont donc formées, sinon contre l'Ordonnance, au moins en dehors d'elle, et c'est cela surtout qui crée la confusion : il n'y a pas accord entre l'Ordonnance et les auteurs, mais il y a à peu près accord des auteurs entre eux sur les points suivants : la contestation en cause ou défense au fond implique acceptation du débat au fond devant la juridiction où elle est présentée et devant les juges devant qui elle

(1) Rodier, *Questions sur l'ordonnance de 1667*, p. 187.

est portée. Acceptation du débat sur le fond : les exceptions dilatoires, (garantie notamment), et les nullités doivent être présentées avant la contestation en cause. Acceptation de la juridiction : la partie qui procède volontairement au fond devant elle renonce *ipso facto* aux exceptions déclinatoires (incompétence) et aux demandes de renvoi, aux évocations pour parenté, alliance ou privilège. La logique de ce raisonnement est mise en valeur par cette autre règle que le juge supérieur au contraire peut évoquer de sa propre autorité (1), ou qu'une autre juridiction peut « revendiquer » la cause même après la contestation jusqu'à un moment mal défini d'ailleurs, mais en tous cas après que les parties, en procédant volontairement devant certains magistrats, les ont acceptés implicitement et ont renoncé aux récusations (2).

Tel est le tableau que l'on peut faire de la contestation en cause, de sa nature et de ses effets, dans le dernier état de la procédure sous le régime des ordonnances.

Or nous avons tracé auparavant le tableau de la mise en état du Code de procédure civile : pouvons-nous dire maintenant que la mise en état du Code vient de la contestation en cause ?

On peut affirmer au moins une chose, c'est que les auteurs du Code n'ont pas voulu conserver le nom de l'institution. « Ce nom est une expression équivoque et indéterminée », dit Boitard (3) ; « on ne sait pas ce que c'est dans la procédure française que la contestation en cause ; aussi pour éviter les débats et les incertitudes... ». Le nom a disparu complètement et volontairement en effet. L'article 182 du Code est, comme beaucoup d'autres, copié presque servilement de l'Ordonnance ; le modèle portait le mot contestation en cause ; on lui a substitué dans la copie les mots

(1) Jousse, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance de 1667*, p. 74.

(2) Il faut rappeler d'ailleurs que cette règle, aussi étrangère à l'Ordonnance que couramment admise par les commentaires, était purement théorique : une simple affirmation que la cause de récusation était de connaissance postérieure à la contestation suffisait, nous l'avons vu, pour qu'elle pût être proposée ; les abus étaient même criants comme on peut le lire dans les travaux préparatoires de l'Ordonnance de 1667, rapportés par Serpillon, dans son *Commentaire*, p. 460.

(3) *Leçons*, T. I, p. 449.

« le premier jugement ». On peut se demander d'ailleurs si cette expression était plus claire que l'autre. Mais peu importe ; une seule chose nous intéresse, qui est de trouver dans l'article 182 du Code de procédure, et là seulement, la « postérité légitime » de l'ancienne contestation en cause, — ou si l'on préfère, son seul « témoin », son seul représentant autorisé, comme on retrouve dans le squelette du serpent quelques os témoins des quatre membres primitifs ou dans la patte du cheval quelques cornes témoins des cinq doigts anciens.

Mais à défaut du nom, n'a-t-on pas conservé par la mise en état nouvelle de l'article 343 quelque chose d'analogue en somme à la contestation en cause ? C'est probable, surtout si l'on envisage cette mise en état telle que la comprenaient sans doute les auteurs du Code. En effet, la contestation en cause, qui d'après les textes consistait en un jugement rendu dans certaines conditions, était considérée pratiquement, — nous l'avons vu — comme formée par la seule réunion de ces conditions, et avant le jugement, c'est-à-dire par les conclusions au fond des deux parties. Cela est si vrai qu'on interprétait l'Ordonnance interdisant les évocations pour parenté ou alliance après le commencement des plaidoiries, en disant que les évocations devenaient impossibles, après la contestation en cause. Or, les auteurs du Code, dans l'article 343, visent eux aussi le moment où les deux parties concluent, et nous ajouterons, celui où elles concluent au fond.

Cela suppose d'abord et essentiellement une instance contradictoire ; or c'était aussi la seule où il pût y avoir contestation en cause. Sans doute la Coutume de Paris, dans son article 104, admettait la contestation en cause en cas de défaut, et certains commentateurs de l'Ordonnance de 1667 soutenaient la même théorie (1), mais l'Ordonnance elle-même ne la reproduisait pas, et ces commentateurs étaient rares, isolés et combattus dans leur opinion. Eux-mêmes n'appliquaient bien leur théorie, comme la Coutume de Paris d'ailleurs, que pour les conséquences à en tirer dans certains cas particuliers ; enfin, ils devaient reconnaître que si le défendeur venait à se présenter à l'ins-

(1) Bornier, *Conférence*, p. 96. — Pothier, *Œuvres complètes*, T. XXIV, p. 73. — Serpillon, *Commentaire*, p. 191.

tance par la suite, la contestation en cause fictive tombait avec tous ses effets. La seule contestation en cause correspondant à la réalité et ineffaçable était donc celle qui naissait de la contradiction en présence du juge. Or la mise en état dans l'intention des auteurs du Code, ne peut avoir lieu par hypothèse que dans les instances contradictoires. Nous verrons cependant plus loin qu'il peut y avoir place logiquement pour une mise en état des instances par défaut, avec effets restreints sans doute, mais fondée en raison sur les mêmes principes et présentant la même utilité. Mais cette mise en état, qui n'est pas admise aujourd'hui même, était à plus forte raison étrangère aux auteurs du Code. Et la ressemblance entre celle qu'ils instituaient et la contestation en cause, au point de vue du caractère essentiellement contradictoire, ne peut être niée.

Nous avons ajouté : caractère contradictoire par conclusions « au fond ». Ici la ressemblance est moins frappante, car l'article 343 ne s'explique pas sur ce point. Mais son silence même laisse à penser qu'il est fait pour l'instance-type, dégagée d'incidents : demande, réponse, jugement. On en trouve la confirmation dans l'analogie relevée plus haut entre ses termes « commencement de la plaidoirie ou du rapport » et ceux des articles 369 et 382 qui sont tirés de l'article 27 de l'Ordonnance de 1737. On prohibait en vertu de ce texte les évocations après plaidoiries ou rapport sur le fond. Le code en reproduisant la formule et en l'employant pour la mise en état a sans doute voulu la transporter en ces matières avec le sens qu'on lui avait attribué.

Il apparaît donc que les auteurs du Code ont placé la mise en état qu'ils créaient à l'endroit même dans l'instance où se trouvait auparavant la contestation en cause, dont le nom était par eux rayé du vocabulaire de la procédure ; ils lui ont donné sensiblement les mêmes éléments constitutifs et lui ont attaché les effets essentiels de l'institution disparue. D'une façon générale on pourrait donc admettre que celle-ci a été remplacée et continuée par celle-là.

Si aujourd'hui les différences sont grandes, c'est la conséquence des développements et des changements de la mise en état depuis l'apparition du Code. Au reste, nous les

avons exposées, ces différences, au cours de l'étude que nous avons faite plus haut. Ce serait d'abord la possibilité d'une mise en état dans les affaires par défaut, si cette conception était admise ; nous l'examinerons plus loin en détail. Ensuite : l'indifférence de l'objet de la mise en état et la multiplication possible de celle-ci dans une même instance. Nous avons vu en effet que rien dans les textes ne nous contraint à comprendre la mise en état comme possible seulement sur le fond du litige ; c'était peut-être la pensée des auteurs du Code, mais la logique des principes oblige à y voir une simple forme, un cadre vide dans lequel on peut placer tous les tableaux, et dans le cours d'une même instance successivement tous les sujets qui peuvent solliciter l'attention et un jugement du tribunal. C'est assurément là la différence capitale entre la mise en état actuelle et la contestation en cause qui était unique par nature. Enfin, et ceci est la conséquence de cela : la même instance pouvant être mise en état à plusieurs reprises sur divers points, la question des demandes de renvoi et des récusations s'en trouve bien compliquée ; et sans qu'il y ait d'ailleurs unanimité, on admet volontiers que l'arrêt du cours des demandes doit être déterminé par la *première* mise en état, au lieu de l'être par la mise en état sur le fond, comme autrefois.

Celle-ci représente donc seule aujourd'hui l'ancienne contestation en cause, et bien pauvrement, puisqu'elle est dépouillée de tout caractère privilégié et de toute conséquence particulière.

Par contre, la mise en état nouvelle a été dotée de conséquences très spéciales, que nous avons vues, notamment arrêt des interruptions d'instances, caractère nécessairement contradictoire du jugement, conséquences qui lui sont essentielles puisque c'est pour les produire qu'elle a été créée ; elles sont absolument étrangères à la contestation en cause.

Enfin, pour vider complètement la question des origines de la mise en état, il faut remonter au droit romain, puisqu'il est de doctrine courante qu'elle représente dans la procédure actuelle la *lilis contestatio*. Nous avons vu que les rapports de filiation entre contestation en cause et mise

en état sont déjà assez discutables. Les rapports entre contestation en cause et *lilis contestatio* sont beaucoup plus clairs parce qu'ils sont beaucoup plus réduits. Historiquement on ne peut nier la succession de l'une à l'autre : la transmission du nom en est la preuve irrécusable ; mais il n'y a guère que le nom qui se soit transmis, ou mieux que le nom, la simple étiquette, et la formalité extérieure. Il est même curieux que la mise en état actuelle comporte la « pose de qualités » qui rappelle assurément les agissements des parties au moment de la *lilis contestatio*.

Mais tout cela n'est que ressemblance extérieure, sans portée et sans intérêt. La procédure romaine différait essentiellement de la nôtre, et c'est pourquoi il est faux dans le fond des choses que la mise en état corresponde à la *lilis contestatio*. Dans cette procédure, en effet, il n'y avait d'instance que contradictoire ; le défaut empêchait toute instance d'exister ; elle ne commençait, « inchoata est » qu'avec la présence et contradiction du défendeur(1) ; elle se formait comme un contrat par le consentement des deux parties. A ce moment se plaçait la *lilis contestatio*, qui produisait naturellement des effets fort importants, en tant que début de l'instance. Les deux éléments qu'elle comprenait, demande et défense, ont pu se dissocier par la suite ; ou plus exactement le premier a pu exister sans le second ; mais alors on a laissé le nom de l'institution au second, tandis que les effets restaient attachés au premier, comme il était logique ; car auparavant, ils ne paraissaient rattachés au second également que parce que le second était la condition de l'existence du premier : il n'y avait pas de demande possible sans défense.

Parmi ces effets il y en a qui sont si particuliers au droit romain, très différent du nôtre, qu'on ne peut s'en servir pour la démonstration, notamment l'extinction du droit du demandeur et de son action. Mais d'autres, qui ont survécu au droit romain, peuvent être utilisés, bien qu'ils se soient quelque peu modifiés en soi-même et dans leurs

(1) May, *Eléments de Droit romain*, p. 601 ; Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 703 et 1010 sqq.

principes en passant dans notre droit. Ainsi (1) la transmission active et passive des droits et obligations de nature intransmissible, la détermination du moment où le juge doit se placer pour apprécier le bien-fondé et la valeur de la demande sans faire pâtir les parties des lenteurs de la justice, l'interruption de la prescription, la mise en demeure du possesseur, de mauvaise foi tout au moins, quant aux accessoires et fruits de la chose revendiquée ou quant à la responsabilité des détériorations dont elle est atteinte, d'une façon générale les effets conservatoires des droits du demandeur, qui constituaient les plus importants effets de la *litis contestatio* par le nombre et par l'intérêt qu'ils présentaient, ont toujours suivi la demande en justice, dès que celle-ci a pu être distincte de la *litis contestatio* ; ils ont pu être modifiés, augmentés, diminués, supprimés parfois ou rejetés beaucoup plus loin dans l'instance : jamais plus ils n'ont été rattachés à la *litis contestatio* ou contestation en cause ou mise en état ou autre institution analogue. On saisit le commencement du mouvement dans le droit romain lui-même, à l'époque de Justinien. Dans la procédure apparaît à ce moment la « demande en justice » constituée par une déclaration adressée au magistrat : et on croit savoir que l'effet interruptif de la prescription par exemple fut rattaché à cette déclaration (2). D'une façon générale, on peut donc dire que le véritable représentant de la *litis contestatio*, c'est la demande en justice, l'assignation moderne.

La *litis contestatio* produisait d'autres effets encore, qui sont passés chez nous, mais peu nombreux et beaucoup moins importants. Ainsi la fixation définitive de l'objet du litige ; au temps de la procédure formulaire, le juge ne pouvait sortir des limites de la formule ; sous le régime des Ordonnances et actuellement c'est le dernier état des conclusions qui délimite l'objet du jugement, — non pas la contestation en cause ni la mise en état. Donc aucun point de ressemblance ici non plus.

D'ailleurs la procédure romaine était construite d'une

(1) May, *Eléments de droit romain*, p. 601, sqq. et passim. — Girard, *Manuel élém. de droit romain*, p. 686, 693, 1010, sqq. et passim.

(2) Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 311.

façon si particulière et si différente de la nôtre qu'il ne faut pas s'en étonner : à vrai dire presque toutes les phases de l'instance moderne se trouvaient concentrées en un seul moment, celui de la *litis contestatio* ; mais quand celle-ci a disparu, faisant place à une série de formalités successives, ses effets se sont répartis tout au long de l'instance nouvelle ; presque tous, nous l'avons vu, se sont groupés autour de la demande en justice, qui était l'élément fondamental de la *litis contestatio* ; un autre, celui que nous venons de citer, est demeuré assez longtemps attaché à la contestation devant le juge, qui conservait le nom de *litis contestatio* ; finalement il s'est trouvé reporté en fin des débats.

Un seul effet, caractéristique de la *litis contestatio*, est demeuré caractéristique de toutes les institutions qui l'ont successivement remplacée en tant que premier exposé et contestation de la cause : c'est la détermination du juge, l'arrêt du cours des récusations. Qu'il s'agisse de désignation obligatoire et nomination des juges pour chaque affaire par le magistrat romain, ou qu'il s'agisse de procéder directement devant des tribunaux établis d'avance et constitués uniformément pour toutes les affaires à venir, comme en France moderne ou ancienne, on trouve sous des différences extérieures sans portée, la même idée, que : en commençant le débat devant tel et tel juge, les parties renoncent implicitement à arguer dans la suite de motifs connus auparavant, pour les récuser. C'est un principe de logique et de bonne foi, et une juste précaution contre l'esprit de chicane. Nous avons étudié longuement cet effet de la contestation en cause et de la mise en état. Nous l'avons même renforcé, en l'attribuant à toute mise en état, quel qu'en soit l'objet, et par voie de conséquence, à la première qui se produise dans toute instance, l'acceptation d'un juge sur un point quelconque impliquant logiquement acceptation sur tout autre point, en règle générale.

Pour compléter cette revue historique et revenir à notre point de départ, le régime des Ordonnances royales, il faut dire quelques mots de l'ancien droit français. On y trouve la répétition de ce qui s'est passé pour la procédure romaine : primitivement, l'entamement de plet, qui est l'exposé

des prétentions des parties devant le juge, correspond à ce qui était la *litis contestatio* ancienne, et entraînait comme tel diverses conséquences (1), qui s'en détachèrent pour se regrouper autour de la demande en justice, le jour où celle-ci fut établie sous forme d'acte indépendant, authentique et écrit ; car, s'il ne l'était pas toujours, il devait tout au moins l'être : l'Ordonnance de 1667 prescrit aux sergents qui ne savent pas écrire, de résigner leurs fonctions. Et là encore, la demande en justice groupe autour d'elle les principales conséquences que produisait auparavant l'entamement de plet, laissant à celui-ci, devenu peu après contestation en cause, son existence certes, mais peu d'importance, et le rôle insignifiant, et finalement très obscur que nous lui avons vu.

(1) Glasson, *Sources de la Proc. civ. française*, p. 86. — Garsonnet, *Traité*, T. II, p. 425.

CHAPITRE DEUXIÈME

Cas particuliers. — Procédures spéciales. — Juridictions d'exception

Connaissant la théorie générale de la mise en état de l'instance, nous devons passer en revue les cas importants où son application soulève des doutes ou rencontre des difficultés pour des causes diverses.

Devant les juridictions civiles se déroulent certaines instances, différentes, plus ou moins, du type pour lequel la mise en état a été prévue, organisée, et dont elle constitue elle-même un élément. Comment s'y adapte-t-elle ?

Devant les mêmes juridictions, le Code a organisé des procédures tout à fait spéciales, dont on se demande si elles ne doivent pas être considérées, elles aussi, comme étant « en état » à certains moments.

Enfin la même question se pose pour les instances qui se déroulent devant les juridictions d'exception.

C'est à ces différentes questions qu'il faut essayer de répondre.

Cas particuliers devant les Juridictions civiles

§ 1. — Affaires sommaires.

Les prescriptions des articles 342 et suivants et du décret du 30 mars 1808 sont générales et ne portent pas de distinction entre affaires ordinaires et affaires sommaires. Il n'y a donc pas lieu d'en faire. Au reste la mise en état suppose *essentiellement* lecture et dépôt des conclusions, et non leur signification ; elle s'applique donc sans difficulté aux affaires sommaires dont la caractéristique est

l'absence de conclusions obligatoirement signifiées. Sans doute, le décret contredit le Code sur ce point en exigeant la signification de toutes conclusions prises à l'audience trois jours au plus tard avant l'audience sans distinction entre les affaires. Mais cette formalité n'est pas essentielle à la mise en état. La partie intéressée peut renoncer à invoquer cette prescription du décret. Au point de vue qui nous occupe il n'y a pas de différence entre les deux sortes d'affaires (1).

§ 2. — *Cas où l'une des parties est dispensée du ministère d'avoué.*

Le ministère public, l'Etat, certaines administrations publiques, etc., peuvent plaider sans ministère d'avoué. La règle générale doit s'appliquer, *mutatis mutandis*. Le rôle de l'avoué est rempli par le Procureur de la République, et l'affaire mise en état lorsqu'il a pris et déposé les conclusions de la partie qu'il représente.

§ 3. — *Cas où les conclusions proprement dites sont supprimées et remplacées par un autre acte.*

Lorsque la loi oblige l'un des plaideurs à consigner ses demandes intégralement et uniquement dans un acte antérieur au moment où se placerait la mise en état normalement (procédure de la récusation, appel, surincident d'ordre, opposition à taxe, contestation de liquidation, reproche de témoin) (2), on pourrait logiquement en conclure que la réponse de l'adversaire constitue l'affaire en état, puisque le demandeur ne peut répliquer : l'instruction étant réputée complète, on ne comprendrait plus une interruption d'instance par suite du décès d'une partie ou de la disparition d'un avoué, et les motifs mêmes qui ont fait organiser la mise en état placée à tel moment de l'instance, la feraient placer dans ces circonstances spéciales à un

(1) Cass. Civ., 22 nov. 1859, D. P. 60-1-315. Trib. comm. Seine, 22 mai 1907, D. P. 07-5-35.

(2) Pour les incidents de reproches de témoins, on exige en fait la signification et la prise de conclusions à l'audience, et on rentre donc dans le droit commun. Mais certains auteurs ont soutenu que les déclarations au procès-verbal d'enquête suffisaient ; il faudrait alors rapprocher ce cas des autres. (Bencenne et un arrêt cités par Carré et Chauveau, *Lois de la Procédure*, T. III, p. 42).

autre moment, celui de la réponse de l'adversaire. La difficulté se résout en disant qu'il n'y a pas ici de mise en état normale ; la formalité qui la constitue peut subsister dans certains cas, mais ses effets sont dissociés. Ainsi c'est après la réponse du défendeur, ou le moment où elle aurait dû être donnée, que l'instance ne peut plus être interrompue. Les autres effets se placent à d'autres moments. On ne peut admettre par exemple que le tribunal soit saisi tant que les conclusions ou les dires des parties n'ont pas été déposés devant lui, — alors même qu'ils l'auraient été devant un juge-commissaire ou un notaire délégué. Quant au caractère du jugement, il est déclaré d'office contradictoire dans plusieurs de ces cas, ou reconnu tel par la jurisprudence, non sans difficultés, d'ailleurs.

C'est donc pratiquement l'émiettement de la mise en état.

§ 4. — *Cas où il y a plusieurs défendeurs.*

Le Code ne l'a pas prévu dans les articles 342 et suivants ; mais les motifs de ces articles, et au surplus l'organisation du défaut profit-joint, prouvent que l'affaire n'est en état que par la lecture et le dépôt des conclusions de toutes les parties ; ou, plus généralement, que la mise en état est indivisible et ne peut exister qu'à l'égard de toutes les parties en cause. C'est une des conséquences de l'indivisibilité de l'instance, admise même lorsque son objet est divisible. On trouve toutefois dans la jurisprudence quelques exemples de disjonction en ce qui concerne l'un des défendeurs : soit qu'on ait admis la continuation d'une instance sans reprise à l'égard des héritiers d'une des parties, décédée, et la validité du jugement rendu dans ces conditions à l'égard des autres seulement (1) ; soit que, dans des circonstances plus récentes, on ait accepté la continuation d'une instance à l'égard des parties non mobilisées seulement, la cause des parties mobilisées restant réservée (2). Naturellement la chose ne peut être admise que si l'objet

(1) Cass. Civ., 26 août 1839 ; D. P. 39-1-352 ; Metz, 6 juin 1866, D. P. 66-2-133 ; Dalloz, Rép. v^o Reprise d'Instance n^o 70. — Dutruc, *Supplément*, T. III, p. 220. — Contra : Rodière, *Cours*, T. I, p. 494.

(2) Cass. Civ., 18 mai 1915, D. P. 1916-1-15.

de l'instance est divisible et sous la garantie que les droits de la partie dont la cause est disjointe ne puissent être aucunement affectés par le jugement rendu à l'égard des autres. Mais ces cas sont des exceptions très rares, admises sous l'empire de considérations de fait très fortes, — et au fond contraires à la loi.

§ 5. — *Cas où il y a plusieurs instances.*

En principe, s'il y a plusieurs assignations, qu'elles soient dirigées par un même demandeur contre différents défendeurs, ou par plusieurs contre un seul, il y a plusieurs instances, et il doit y avoir une mise en état par instance. La preuve en est d'ailleurs qu'on n'admet pas le défaut profit-joint en pareilles circonstances. On peut relever un arrêt (1) aux termes duquel, en cas d'appels formés successivement contre les parties qui ont figuré en première instance, le lien qui les unit, ne permet de réputer l'affaire en état que lorsqu'elle l'est à l'égard de toutes les parties. C'est en somme l'application du principe reconnu au § 4, et du bon sens, — mais dans des conditions de forme telles qu'elle semble une exception au principe exposé au présent paragraphe. Exception plus apparente que réelle.

§ 6. — *Cas de jonction d'instances.*

La solution du § 5 apparaît d'autant plus certaine qu'il faut admettre une mise en état par instance, même en cas de jonction. La bonne administration de la justice et l'intérêt des parties au point de vue des frais font décider parfois la jonction de plusieurs instances. Le but poursuivi est avant tout la prononciation d'un seul jugement sur ces instances et la communauté des mesures d'instruction. La jurisprudence a pu organiser quelque chose en marge du Code, qui n'a rien prévu à ce sujet, mais elle ne peut tirer de là des conséquences contraires aux règles données par ailleurs par le Code : aussi admet-on que chacune des instances garde ses caractères propres et ses règles particulières, par exemple au point de vue de la procédure et des délais d'appel (L'exemple classique est celui des jonctions

(1) Cass. Civ., 13 déc. 1848, D. P. 49-1-38.

entre un incident de saisie-immobilière et une instance normale) (1). De même, le taux de l'appel se calcule pour chacune des instances séparément, et non par le total des chiffres de l'une et de l'autre instances (2) ; de même il n'y a pas lieu à défaut-profit joint en cas de défaut dans l'une des instances seulement ; et il faut admettre aussi logiquement qu'il y a une mise en état par instance (3) ; que si l'une des instances ne peut être mise en état ou ne l'est pas assez rapidement, la partie intéressée pourra faire disjoindre et juger l'autre qui peut au contraire être mise en état. Ainsi se confirme cette idée que jonction signifie essentiellement unité de jugement, toutes les autres phases et formalités de la procédure pouvant être en théorie distinctes.

§ 7. — *Cas d'instance en garantie (et assignation en assistance de cause et en déclaration de jugement commun).*

Les paragraphes précédents nous amènent par transition du cas simple au cas particulièrement compliqué de la garantie. Quand et comment l'instance est-elle en état s'il y a appel en garantie ? Pour traduire la question d'une façon concrète, le décès du garant interrompt-il l'instance principale ? Son défaut empêche-t-il la mise en état tant qu'il n'y a pas eu de jugement de défaut-profit joint et réassignation ? Ici encore, comme à chacun des paragraphes précédents, la nécessité ou l'inutilité du jugement de défaut-profit joint apparaît comme un critérium. C'est qu'en effet cette question est celle même que nous nous posons, mais sous une autre face, celle où elle apparaît dans la pratique, dans la jurisprudence. Si en effet toutes les parties comparaissent et concluent, aucune difficulté

(1) Cass. Civ., 26 fév. 1868, D. P. 68-1-223 ; Req. 31 mai 1911, D. P. 13-1-425.

(2) Grenoble, 27 janv. 1882, D. P. 82-2-196.

(3) Un arrêt de Besançon seul peut être cité en sens contraire comme admettant la fusion complète des deux instances : mais pour ce motif particulier que le litige était devenu unique par suite de la demande de condamnations collectives formée par X non seulement contre Y son adversaire direct, mais aussi contre Z : ces conclusions constituaient une véritable intervention de X dans l'instance entre Y et Z. (Besançon, 6 déc. 1869, D. P. 70-1-159).

ne surgit. Si au contraire l'une d'elles fait défaut, si l'une d'elles meurt ou si son avoué cesse ses fonctions pour un motif quelconque, alors seulement il faut savoir si l'on peut mettre l'affaire en état, et de quelle façon. Dans les hypothèses étudiées jusqu'à présent, les réponses étaient faciles et indiscutées en fait. Ici, au contraire, il y a eu et il y a encore controverse. Cette controverse se comprend au cas d'assignation en assistance de cause, déclaration de jugement commun, en garantie proprement dite, à la requête du demandeur, et postérieure à l'assignation principale. On peut sérieusement hésiter sur l'applicabilité ou la non-applicabilité de l'article 153. A notre point de vue, ce cas rentre dans le § 5 ; il en constitue même la véritable réalisation pratique, et la rigueur des principes voudrait qu'il y ait une instance par assignation, une mise en état par instance, sans défaut-profit joint ni interruption des deux instances par suite d'une cause d'interruption dans l'une d'elles seulement. Mais le lien réel entre elles est si étroit que la jurisprudence cherche à éviter la rigueur des principes et de ses conséquences ; comme nous l'avons vue faire une exception au § 5, nous la voyons ici en faire couramment, en arguant de l'article 153, dont elle invoque l'esprit à défaut du texte, — ou même, un peu hardiment, le texte : il ne distingue pas, dit-elle, suivant que le demandeur a assigné en une ou plusieurs fois. Comme il arrive souvent, pour les besoins d'une cause, on fait, du silence sur un point, un argument. Le texte ne distingue pas, c'est vrai, mais très évidemment il vise le cas normal d'une instance dans laquelle il y a plusieurs défendeurs, assignés simultanément. Quoi qu'il en soit, cette argumentation a la valeur de beaucoup d'autres : elle consiste à se servir d'un texte, moyen légal indispensable, pour arriver au résultat cherché. Ici il s'agit de lier indissolublement en droit deux instances qui sont inséparables dans la réalité des choses ; le résultat est désirable ; on arrive à décider qu'il n'y a qu'une mise en état, autrement dit une seule instance. Sous les réserves faites plus haut, on peut l'accepter.

Mais lorsqu'il s'agit d'une demande en garantie greffée sur la demande principale à la requête du défendeur, la situation change. Non pas au fond, certes ; là aussi il y aurait même intérêt à lier fortement les deux instances,

au point de n'admettre qu'une mise en état sur le tout. Mais dans la forme la jurisprudence se heurte, quand elle veut étendre l'application de l'article 153 à cette hypothèse, à deux textes, l'article 153 lui-même qui ne paraît prévoir que le cas normal de plusieurs parties assignées par un même demandeur, et l'article 184, qui signifie très clairement que l'instance principale et l'instance en garantie sont bien deux instances distinctes ; que la bonne administration de la justice veut qu'on les joigne aussi souvent qu'on peut le faire ; — qu'elle exige aussi leur disjonction quand l'une d'elles ne peut être jugée pour une cause quelconque. Le texte est catégorique, car il prévoit même le cas où un jugement de jonction aurait été rendu, et ordonne alors de prononcer la disjonction par un autre jugement (1). Nous rentrons en réalité dans l'hypothèse étudiée au § 6 purement et simplement. La solution logique que nous y avons adoptée s'applique donc ici sans difficulté. Il est impossible de faire jouer l'article 153. D'ailleurs la jurisprudence, si elle est divisée sur la question, admet le plus souvent cette impossibilité ; la majorité des auteurs partage aussi cette opinion : deux instances, à chacune ses règles, ses causes d'interruption, sa mise en état, et une seule chose commune : le jugement. Les causes d'interruption, les impossibilités de mise en état de l'une n'affectent l'autre en droit, que d'une seule manière : les parties à cette autre instance peuvent faire disjointre (2), et sans faire mettre en cause les parties à l'autre, parties cependant au jugement de jonction : il faut bien l'admettre, sans quoi on tournerait dans un cercle vicieux.

L'article 184 ne prévoit la disjonction qu'à la requête du demandeur originaire. On pourrait supposer au contraire une cause d'interruption dans la demande principale, et rechercher le sort de l'instance en garantie. Il n'y aurait

(1) Il est à noter même qu'aux termes de l'art. 184, c'est le jugement sur l'instance principale qui contient disjonction ; cela suppose que l'instance principale a été mise en état au sens de l'art. 343 alors même qu'elle était jointe à l'instance en garantie qui n'y pouvait être mise. On ne saurait montrer plus clairement combien chacune des deux instances garde son indépendance, ses règles, sa mise en état particulière.

(2) Dijon, 5 juin 1907, D. P. 07-2-300.

pas lieu de donner une réponse différente de la précédente. L'article 184 a prévu le cas normal ; c'est le demandeur originaire qui a intérêt à obtenir une solution, c'est donc à lui qu'on a pensé ; mais il peut arriver qu'un appelé en garantie par exemple ait intérêt à faire rejeter la demande en garantie rapidement, et pour des motifs absolument étrangers au fond à la demande principale. Peut-on lui faire un sort différent parce que la loi ne l'a pas visé particulièrement ? Non ; le silence sur son cas s'explique par la rareté du cas ; et au surplus la loi n'a pas accordé au demandeur originaire un privilège, qui serait de droit étroit, comme toute exception ; elle a fait seulement application des principes et n'a pris la peine de le dire que parce qu'on aurait pu en douter en présence d'une situation un peu particulière.

Les solutions sont plus difficiles à donner dans tous les cas où le débat vient à se lier entre les parties extrêmes, c'est-à-dire celles qui ne figurent d'abord que dans une instance chacune : le garant et l'adversaire de l'appelant en garantie. Dans l'hypothèse de l'article 186, aucun doute n'est possible : aux termes mêmes de la loi, les deux instances se fondent en une seule, et la partie qui figurait aux deux disparaît même de la cause. Mais en supposant que les trois parties restent en cause et que les deux extrêmes concluent l'une contre l'autre, ne peut-on admettre logiquement que les deux instances sont désormais liées indissolublement et fondues, par la volonté même des parties, en une seule qui ne pourra être mise en état qu'à l'égard de toutes à la fois, comme toute instance normale ? Il le semble ; en concluant l'une contre l'autre, elles ont déclaré ou admis *ipso facto* leur confrontation nécessaire.

§ 8. — *Intervention.*

Le cas de l'intervention est peut-être plus difficile à éclaircir au point de vue de la mise en état que celui de la garantie, déjà compliqué lui-même. Ici en effet l'intervenant volontaire prend position vis-à-vis des deux parties primitives ; il serait donc assez logique de décider qu'il figure simplement comme troisième partie dans l'instance unique, et que la mise en état de celle-ci ne pourra être

faite qu'à l'égard de toutes à la fois, intervenant compris. De fait on n'admet pas que l'intervention soit introductive d'instance ; c'est ainsi qu'elle tombe si l'instance principale est nulle ou irrecevable. Mais pour admettre la solution qui est proposée plus haut, il ne suffit pas que l'intervention se produise : l'intervenant ne peut être considéré *ipso facto* et essentiellement comme troisième partie à l'instance ; il faut pour cela que les parties principales l'acceptent en ne s'y opposant pas ou en concluant à leur tour contre l'intervenant, ou que le tribunal prononce la recevabilité de l'intervention en cas de contestation. Le cas ressemble un peu à celui du dernier alinéa du § 7. Toutefois il semble que, même dans ces circonstances, si la mise en état devenait par la suite impossible vis-à-vis de l'intervenant pour une cause quelconque, les parties principales trouveraient dans l'article 340 le droit de faire disjoindre sa cause afin de la faire juger séparément.

§ 9. — *Cas d'instances par défaut.*

La mise en état du Code de procédure a été organisée manifestement pour le cas d'instance contradictoire, et historiquement les institutions diverses qui l'ont précédée et auxquelles elle correspond dans l'opinion dominante s'appliquaient exclusivement aussi aux instances contradictoires. Nous avons fait les réserves nécessaires sur cette opinion dominante, mais nous pouvons les négliger ici, et tenant cette opinion pour incontestable, nous pouvons nous demander si, en dépit des textes du Code et de l'Histoire, il n'y a pas lieu de reconnaître qu'il y a une véritable mise en état des instances par défaut. C'est heurter de front la doctrine unanime (1) ; mais peut-être la doctrine s'en tient-elle trop aux formules à sens étroit ; peut-être manque-t-elle ainsi de les adapter vraiment à la réalité des choses.

Tout d'abord il est certain que les formalités qui constituent la mise en état de l'instance, déterminées par le Code

(1) Entre bien d'autres phrases, on trouve celle-ci dans Garsonnet, T. I, p. 725 : « ... quand le défendeur n'a pas constitué avoué, ce qui rend la mise en état impossible ».

et le décret du 30 mars 1808 sont prescrites expressément dans toutes les instances par défaut. Le même décret, articles 21 et 59 et celui du 10 novembre 1872, article 62, disent : « ... Sur l'appel des causes seront donnés les défauts sur les conclusions signées de l'avoué qui les requerra et déposées sur le bureau conformément au Code de procédure ». Et il faut noter qu'il s'agit ici des défauts faute de comparaître, pour lesquels la mise en état paraît le plus difficilement admissible.

Les formalités de la mise en état existent donc toujours, tout au moins dans toute la mesure où elles peuvent être accomplies. Sont-elles sans effet quand l'instance est par défaut ?

Il existe un cas de transition à étudier en premier lieu : celui des instances réputées d'office contradictoires : sur opposition, après défaut-profit joint, etc..., qu'il y ait en réalité défaut faute de comparaître ou de conclure d'une ou de plusieurs parties. Il faut se reporter au chapitre des effets de la mise en état et les repasser en revue dans le cas présent. Celui de détermination du caractère du jugement ne dépend plus de la mise en état, puisque le jugement sera par définition contradictoire. Mais à quoi faudra-t-il rattacher l'arrêt des interruptions d'instances et la saisine du juge quant au droit de juger et à la détermination des membres du tribunal, si ce n'est à la formalité de lecture et dépôt des conclusions de la ou des parties comparantes et concluantes ? On ne pourrait le dire, et on pourrait encore moins trouver des motifs pour apporter ici un changement quelconque aux règles normales. Une seule réserve paraît s'imposer : une partie qui voudrait conclure seulement au cours des débats aurait peut-être le droit de proposer à ce moment, — et avant de conclure naturellement, une récusation. La question ne paraît pas s'être posée, ou du moins avoir été discutée en pratique. Certes en bonne logique, il n'y aurait pas de motif de refuser le droit à récusation ; le seul qu'on puisse trouver, c'est que la partie intéressée, ayant été dûment assignée et sommée de comparaître à l'audience en vue d'un jugement nécessairement contradictoire, ne saurait être admise à retarder le cours de la justice par des récusations à tout moment des débats et ne pourra que s'en prendre à elle-même si elle

encourt la perte de certains droits par sa négligence (1). Quoi qu'il en soit et en admettant même la possibilité de la récusation jusqu'à la clôture des débats, il en reste que dans l'hypothèse que nous examinons, — instance encore contradictoire, — nous trouvons une véritable mise en état, produisant au moins un effet capital, celui-là même qui a fait instituer la mise en état : l'arrêt des interruptions d'instances.

Si au moyen de cette transition, nous arrivons franchement au cas d'instances par défaut faute de conclure, nous constatons que les mêmes solutions s'imposent ; qu'ils s'agisse de défaut du défendeur ou de défaut-congé. Nous n'avons pas à prendre parti ici sur le droit ou l'obligation pour le défendeur de requérir congé pur et simple, les différences à ce sujet entre les instances en premier ressort et en appel, la nécessité de signifier des conclusions avant de les prendre à l'audience, etc... Nous devons nous placer pour que notre question ait un intérêt, et même un sens quelconque, dans les cas, — théoriquement possibles et parfois obligatoires, comme en matière d'ordre public, — où la mise en état ne se confond pas en quelque sorte avec le jugement, parce que celui-ci est rendu sur le champ, où le tribunal peut ouvrir les débats sur la question comme pour toute autre affaire, fixer un jour ultérieur pour la plaidoirie après qu'il a été saisi à l'audience par lecture et dépôt des conclusions de la partie comparante, en un mot dans tous les cas où le défaut-congé, après controverses qui nous sont étrangères, est déclaré assimilable au défaut faute de conclure du défendeur.

Les formalités de la mise en état doivent être accomplies par le demandeur : quels effets produisent-elles ? Assurément ici non plus elles ne déterminent pas irrévocablement le caractère du jugement à intervenir, non parce que celui-ci est déterminé définitivement, mais parce qu'on ne peut refuser au défaillant le droit de conclure jusqu'à la clôture des débats. Il n'en est pas déchu en effet parce qu'il n'en a pas usé au jour fixé par l'avenir ; aucun texte n'autoriserait à soutenir pareille théorie. L'intérêt d'une bonne administration de la justice ne le conseille pas non plus :

(1) Sous réserve qu'elle aura été réellement touchée par l'assignation.

en admettant les conclusions un peu tardives, on ferme la voie de l'opposition et on gagne en réalité du temps. Mais, par contre, ici aussi les formalités habituelles de la mise en état paraissent devoir arrêter les interruptions d'instance et saisir les juges. En ce qui concerne les interruptions d'instance, aucun texte ne règle directement la question, mais l'argument d'analogie rend légitime l'application par extension de l'article 342. Il ne peut y avoir de difficulté au cas de disparition d'un avoué : duement averti, il n'a pas conclu en temps utile ; sa disparition n'a donc pas de conséquence. Au cas de décès d'une partie on pourrait hésiter parce que ses représentants risquent d'être lésés par le jugement par défaut qui va être rendu. Mais d'autre part il ne faut pas négliger les intérêts du demandeur et le traiter plus mal quand son adversaire ne conclut pas que dans le cas contraire ; il a besoin d'une solution ; la loi accorde à son adversaire certains délais comme garantie de sa défense ; il les a laissé passer bénévolement : à lui ou à ses représentants d'en pâtir. Au reste il est, ou ses représentants sont protégés d'une autre façon : par le droit d'opposition au jugement. Et l'intérêt d'une bonne administration de la justice demande ici, non pas qu'on admette les interruptions d'instances jusqu'à la clôture des débats et qu'on impose au concluant des assignations en reprise d'instance, ce qui nécessite des recherches et des délais assez longs, mais bien qu'on rende un jugement. En ce qui concerne la saisine du juge, aucune difficulté quant au droit de juger donné par lecture et dépôt des conclusions et à la détermination des juges qui doivent siéger à toutes les audiences de la cause. La discussion ne peut s'élever, comme dans le cas précédent, qu'au sujet du droit de récusation (1). Le concluant accepte *ipso facto* les juges ; le défaillant admis à conclure jusqu'à la clôture des débats, sera admis en bonne logique à proposer des récusations jusqu'au même moment, — et toujours avant de conclure. Mais s'il agit ainsi, ou si sur opposition, il propose des récusations, la partie, seule concluante à l'origine, retrouve-t-elle le droit d'en proposer aussi ? On l'a

(1) Comme il a été dit, nous écartons toujours le cas de défaut-congé consistant en *congé* pur et simple, sans aucune discussion sur le fond.

soutenu (1), mais à tort, semble-t-il. En acceptant de conclure, même alors que l'adversaire était défaillant, elle a accepté de soumettre sa cause aux juges, car même une affaire par défaut doit être examinée avant d'être résolue et n'est pas tranchée en considérations du seul défaut, — tout au moins en droit. — Il n'y a donc aucun motif pour que les récusations ne soient pas proposées immédiatement s'il y a lieu, ni pour que le concluant primitif retrouve le droit d'en proposer ultérieurement quand son adversaire en propose de son côté (2).

Enfin nous arrivons au défaut proprement dit, faute de comparaître. Ici encore nous retrouvons les formalités de la mise en état normale et nous devons nous demander si elles sont dépourvues d'effets. En ce qui concerne la détermination du caractère de l'instance (3), mais aussi en ce qui concerne la saisine du juge (droit de juger, détermination individuelle des juges, récusation), il faut répéter intégralement les observations qui viennent d'être faites à propos de l'instance par défaut faute de conclure ; et nous retrouvons donc dès maintenant une mise en état, avec formalités complètes quant au comparant, et effets restreints. Le sont-ils plus encore que dans le cas précédent, parce que nous ne parlons pas des interruptions d'instance ? Non, car nous allons trouver ce dernier effet, mais sous une autre forme. On admet que l'instance par défaut ne peut être interrompue parce qu'elle n'a jamais été liée. On pourrait discuter ce principe, car nous ne sommes plus à l'épo-

(1) Rodière, *Cours*, T. I, p. 363.

(2) Cette théorie de la mise en état dans le cas de défaut faute de conclure s'applique également et d'une façon plus indiscutable encore au cas d'un seul défendeur défaillant sur plusieurs. Nous ne nous arrêtons pas au cas de jugement par défaut faute de conclure sur un ou quelques points seulement et contradictoire quant au reste : la mise en état de l'instance contradictoire fonctionne alors en effet, et étant plus large, plus pleine que l'autre, la recouvre.

(3) Avec ces modifications cependant que la constitution d'avoué a été admise parfois même après clôture des débats (entre la fin des plaidoiries et l'audience fixée pour l'audition des conclusions du M. P.) ; qu'elle serait admise par certains auteurs même après jugement de délibéré, surtout avec rapport, jusqu'au prononcé même du jugement sur le fond, et surtout qu'elle mettrait l'affaire « hors d'état. »

que romaine, où il n'y avait instance possible que par la contradiction ; aujourd'hui l'instance existe dès que la demande en justice est formée. Il est évident qu'un débat contradictoire est interrompu dès qu'une partie disparaît, mais il l'est aussi qu'une instance, que le cours des formalités judiciaires entamées par une assignation, peut être suspendu ou interrompu par des événements divers alors même que le défendeur fait défaut (1) ; certes la disparition de son avoué ne peut figurer parmi ces événements puisqu'il n'en a pas ; mais la dénonciation de son décès qui serait faite par ses représentants ne doit-elle pas arrêter le demandeur dans sa marche ? Et l'hypothèse n'a rien de chimérique, bien qu'on ne la trouve pas réalisée en jurisprudence. Mais bien plus, dans l'article 345, § 2, les auteurs du Code, imbus sans doute de l'idée que l'instance ne peut être interrompue que si elle est contradictoire, ont cependant créé une véritable interruption obligatoire dans le cas de défaut : lorsque le demandeur décède ou même change simplement d'état avant que le défendeur ait constitué avoué (2), il faut réassigner le défendeur avant de pouvoir prendre le jugement. Et dans la doctrine comme dans la pratique, on a étendu cette règle au cas de cessation de fonctions de l'avoué du demandeur ou de cessation des fonctions dans lesquelles le demandeur agissait. Nous trouvons donc dans les instances par défaut des cas d'interruption véritable, beaucoup plus larges même que dans les autres, et obligatoires. On a discuté parfois pour savoir s'ils étaient établis dans l'intérêt du demandeur ou dans celui du défendeur ; dans ce dernier cas le défendeur aurait le droit de renoncer à la réassignation et de constituer avoué sans tenir compte du décès ou du changement d'état ou cessation de fonctions du demandeur, ou d'assigner en constitution

(1) Rappelons que les héritiers de défendeur défaillant peuvent demander la péremption de l'instance. C'est une preuve entre bien d'autres que l'instance existe même en cas de défaut.

(2) Sans doute on objecte qu'il n'y a pas « interruption » ni « reprise d'instance » parce que l'article 349 est inapplicable en pareil cas. Il y a là en effet une différence de forme voulue, mais de pure forme, et qui ne peut cacher la similitude des deux cas dans le fond des choses : interruption de l'instance, de la procédure, par suite d'événements analogues.

de nouvel avoué ; les partisans forcenés de la théorie qu'il n'y a d'instances que contradictoires et que le défendeur défaillant est un étranger, sans aucun droit par définition, lui refusent le droit aussi bien de constituer avoué après changement survenu dans la personne du demandeur, que d'assigner en reprise d'instance ou constitution de nouvel avoué. Nous n'avons pas à prendre parti dans ces controverses, mais à poser une seule question dans tous les cas où l'on admettra la nécessité d'une réassignation ou d'une assignation de part ou d'autre pour que l'instance puisse se suivre, dans tous les cas en somme où on admettra qu'il y a interruption : jusqu'à quel moment l'admettra-t-on ? Le Code ne s'en explique pas. Et c'est ici précisément que nous voyons reparaître l'idée de mise en état de l'instance : quand le tribunal est saisi de l'affaire, quand les juges qui doivent l'examiner sont déterminés personnellement, y a-t-il lieu d'admettre encore des interruptions ? Si elles sont édictées dans l'intérêt du demandeur, elles deviennent inutiles puisque le législateur estime que par le dépôt des conclusions, ses intérêts sont garantis, l'instruction est réputée faite et le ministère d'avoué devient sans objet. Si elles ont été établies dans l'intérêt du défendeur au contraire, qui peut se demander qu'elle sera l'attitude des représentants du demandeur, ou à quel avoué il peut signifier une constitution, elles sont encore inutiles quand l'affaire a été déposée devant le tribunal et quand celui-ci est en droit de juger. Si le défaillant ignore que les choses en sont à ce point il ne peut s'en prendre qu'à lui-même et ne saurait imposer au demandeur ou à ses représentants qui ont fait un acte définitif pour obtenir jugement, l'obligation de s'arrêter jusqu'au dernier moment. On ne peut sacrifier ainsi leurs intérêts à celui d'un adversaire qui néglige le sien même, à ce point (1). Du reste au cas de disparition de l'avoué du demandeur, le défendeur qui désire constituer avoué a toujours la ressource de le faire à l'au-

(1) La question serait plus délicate à trancher quand le demandeur se borne à déposer des conclusions de défaut seulement, ainsi qu'il arrive parfois, sur assignation à jour fixe. Nous croyons que ce défaut n'est pas définitif et que la mise en état ne se place qu'au jour où le demandeur prend et dépose ses conclusions au fond.

dience et de le dénoncer à partie avec assignation en constitution de nouvel avoué.

Nous arrivons ainsi à reconnaître que dans toutes les instances par défaut, il existe à certain moment des formalités qui sont celles de la mise en état, emportant certains effets qui sont ceux de la mise en état. Dès lors il faut appeler les choses par leur nom, il faut dire qu'il y a dans les instances par défaut une mise en état comme dans les autres. S'il y a quelques différences tenant aux différences de circonstances, cela n'empêche pas que les choses ne soient en réalité les mêmes au fond et en la forme ; pourquoi leur refuserait-on les mêmes noms ?

Procédures spéciales

§ 1. — Saisie immobilière.

La question s'est posée de savoir si l'on devait appliquer les règles de la mise en état à diverses procédures spéciales ; et c'est particulièrement en matière de saisie immobilière que la jurisprudence a dû se prononcer le plus souvent et que la doctrine a étudié le plus longuement la question.

Il s'agit bien entendu de saisie proprement dite, et non des incidents de la saisie. Il n'y a aucun doute possible ni contestation d'ailleurs sur l'applicabilité des règles de la mise en état de l'instance aux incidents de saisie, qui sont en effet de véritables petites instances. Sans doute il ne peut y avoir de jugement susceptible d'opposition sur incident de saisie, donc en quelque sorte pas de défaut ; et il faudra appliquer les règles indiquées plus haut pour les cas de ce genre, — et qui diffèrent légèrement de celles de la mise en état normale. Mais il n'y a là rien qui soit spécial à la saisie immobilière (1).

Les divergences d'opinions entre doctrine et jurisprudence surgissent au contraire au sujet de la saisie proprement dite, dégagée d'incidents. Cette procédure doit-elle

(1) La détermination des personnes qui ont la qualité de parties et du moment à partir duquel l'incident existe sont en dehors de notre sujet et ne peuvent retenir notre attention.

être considérée comme une instance, avec toutes les conséquences que cette affirmation entraîne, — ou comme une voie d'exécution ayant ses règles propres et indépendantes ? Tel est le problème plus général auquel on rattache généralement le petit problème que nous nous posons. Les partisans de la saisie instance sont beaucoup plus nombreux que leurs adversaires ; mais nous trouvons parmi ceux-ci Carré (1), Dutruc (2), Boitard (3), et quelques Cours d'appel, qui ont tiré de leur principe cette conclusion que la péremption triennale n'était pas applicable à la saisie immobilière (4). Peut-être d'ailleurs serait-il plus juste de renverser les termes et de dire que les tribunaux, désireux dans certains cas d'écarter la péremption triennale d'instance ont induit de cette détermination le principe plus général qui la commande logiquement, — sans pour cela renoncer au principe contraire qui est le leur généralement, et plus particulièrement lorsqu'il s'agit de savoir s'il faut appliquer les règles de l'interruption d'instance à la saisie immobilière. La saisie a évidemment un caractère un peu ambigu qui prête à la controverse ; dans les cas de ce genre, la pratique, bien avisée, prend souvent le parti qui lui permet d'aboutir logiquement à la solution qui lui paraît la plus sage dans l'espèce.

La question de la péremption n'est pas la seule sur laquelle la jurisprudence ait été amenée à renier son principe habituel pour pouvoir couvrir une solution pratique : lorsque le saisissant ne fait aucune réquisition d'enchère au jour fixé pour l'adjudication, il ne peut être déclaré adjudicataire pour sa mise à prix, alors même qu'un autre créancier requerrait l'ouverture des enchères (5). Des circonstances de fait surtout paraissent avoir entraîné cette décision que la Cour a couverte d'un considérant péremptoire, dans lequel elle écartait toute assimilation possible entre saisie et instance.

Il ne faut pas adopter cette dernière méthode de raisonnement ; il ne faut pas croire en pareille matière à l'exis-

(1) *Lois de la Procédure*, T. V, p. 1017.

(2) *Supplément*, T. III, p. 589.

(3) *Leçons*, T. II, p. 456.

(4) *Tribunal de la Seine*, 20 fév. 1898, D. P. 96-2-431.

(5) Paris, 26 mars 1851, D. P. 51-2-76.

tence de quelques cadres rigides, en dehors desquels rien ne saurait exister ; mais au contraire voir les choses comme elles sont réellement, et reconnaître que la saisie immobilière peut, sans être une instance, en avoir quelques caractères essentiels, — les mêmes par exemple qui justifient les règles de la mise en état dans l'instance ; — qu'elle pourra donc être considérée tantôt comme une voie d'exécution, tantôt comme quelque chose d'analogue à une instance, au vu et au su de tout le monde, et sans qu'il soit besoin de la proclamer tour à tour et exclusivement l'une ou l'autre et toujours en vertu de principes prétendus irréfutables. Sans donc déclarer avec la majorité des auteurs et de la jurisprudence que la saisie immobilière est une instance, — ce qui nous amène fatalement à des contradictions et à des impossibilités si nous développons les conséquences logiques de ce principe ; — nous reconnaitrons avec elles que cette procédure rappelle l'instance à certains points de vue et que les motifs pour lesquels on a retenu les notions d'interruption et de mise en état, dans l'instance, se retrouvent en matière de saisie. En effet le législateur, en invitant le saisi à constituer avoué, en fixant des délais fatals pour proposer les nullités, en soumettant la procédure à la surveillance, à l'homologation même du tribunal tout entier par les jugements de publication et d'adjudication qui emportent validation de la procédure, a évidemment donné à entendre qu'il considérerait cette procédure ardue et pleine de difficultés comme une source de procès, comme un procès latent même, qui peut à tout moment se déclarer : il a donc donné aux intéressés le moyen de surveiller à tout moment la régularité de forme et de fond de la procédure, et de se défendre dans des conditions précises et bien déterminées contre toute irrégularité. En dehors de tout texte, la jurisprudence était donc fondée à décider par analogie avec ce qui se passe dans une instance, que la disparition d'une partie ou de son avoué ne pouvait être considérée comme sans intérêt ni conséquence, — ceci tout au moins jusqu'à un certain moment, passé lequel la partie ou son avoué ne peut plus rien faire. D'ailleurs l'intérêt bien entendu du saisissant notamment veut qu'il soit garanti contre les nullités qui résulteraient par exemple du décès de son avoué et de l'abandon de fait de la procédure, qui

peut s'ensuivre pendant quelque temps. On a donc conclu que la saisie est en état, en quelque sorte, lorsque le délai pour élever une contestation par un dire est expiré ; que jusque-là le décès d'une partie dénoncé ou la cessation de fonctions d'un avoué doivent interrompre la procédure. Mais cette transposition de la mise en état dans un domaine pour lequel elle n'est pas faite, ne peut s'opérer sans modifications ; elle consiste ici dans l'expiration d'un délai, — que l'affaire soit en fait contradictoire ou par défaut (si le saisi n'a pas constitué avoué) ; elle n'a aucun rapport avec le caractère du jugement qui est nécessairement réputé contradictoire ; elle n'emporte pas détermination des juges qui composeront valablement le tribunal, et n'arrête donc pas le cours des récusations ; enfin, mais ceci est contesté, il n'y aurait pas lieu de reprendre la procédure en observant les règles sur la reprise d'instance (1).

Une certaine difficulté provient en cette matière de l'article 877 du Code de procédure civile, qui prescrit au créancier de signifier son titre exécutoire aux représentants du saisi lorsque celui-ci vient à mourir, et de ne pas agir avant l'expiration d'un délai de huit jours partant de cette signification. Nous avons repoussé la méthode qui consiste à rechercher d'abord si la saisie est une instance ou une voie d'exécution pour savoir s'il faut lui appliquer l'article 342 ; nous n'avons admis son application que parce que la saisie immobilière, procédure sui generis, ressemble à certains points de vue à une instance, parce qu'au nombre de ces points de vue se trouve celui d'où l'on aperçoit les motifs de l'article 342 et parce que le bon sens et l'équité invitent à admettre l'application de cet article par analogie en matière de saisie. Mais l'article 877 ne contient-il pas en en cette matière la solution, complète et suffisante, du cas qu'il envisage ? (2). Dès lors, puisque ce cas particulier

(1) Contra Carré et Chauveau, *Lois de la Procédure*, T. III, p. 227 ; Rodière, *Cours*, T. II, p. 292.

(2) On ne trouve pas d'arrêts résolvant la question posée de cette façon et pour le cas de décès postérieur à la saisie ; on en trouve pour le cas de décès survenu entre le commandement et la saisie. Orléans, 15 fév. 1876, D. P. 76-2-103 ; Nancy, 26 juill. 1884, D. P. 86-2-13. Cf. également Garsonnet, *Traité* T. IV, p. 720 ; Carré et Chauveau, *Lois de la Procédure*, T. V, p. 781 ; Dutruc, *Supplément*, T. III, p. 714.

est réglé spécialement, ne serait-ce pas fantaisie d'aller lui rechercher une solution dans l'article 342, assez étranger à la matière ? et n'y a-t-il pas lieu de s'en tenir purement et simplement à l'article 877 ?

La question ne se pose évidemment pas lorsqu'il s'agit d'interruption d'instance par cessation de fonctions d'avoué ou par le décès de toute autre partie que le saisi. Mais au cas de décès du saisi, l'article 877 apporte au saisi, ou plutôt à ses représentants des garanties singulièrement plus fortes que l'article 343 ne leur en offre ; il suspend en effet la procédure de droit, immédiatement, et sans dénonciation du décès ; et il la suspend à tout moment, alors même que l'affaire serait considérée par ailleurs comme en état (1). Les articles 342 et suivants, dépassés largement dans leurs dispositions, ne trouvent donc plus matière à s'appliquer ici ; l'argument d'analogie, au moyen duquel on les a introduits, devient caduc, puisque le cas est prévu et réglé spécialement, et il faut donc les écarter. Un doute peut subsister sur l'applicabilité des articles 346 et suivants, sur la reprise d'instance ; mais si on pouvait les admettre à la suite d'une interruption d'instance, on ne voit plus leur utilité ici, puisque la loi indique exactement le délai après lequel on peut reprendre la saisie, sans formalités. Seuls les partisans du « principe » de la saisie instance se croient obligés de les accepter ici.

Le décès du saisi apparaît donc comme une véritable cause d'interruption de voie d'exécution, par opposition à une interruption d'instance. Nous en rapprocherons la mise en liquidation judiciaire ou la faillite (Code de commerce, art. 443 et art. 1^{er} de la loi du 4 août 1889). Celles-ci interrompent également d'office et sans dénonciation toute voie d'exécution ; les tribunaux, en dépit de quelques décisions contraires, sont donc tenus d'accorder le sursis, en cas de saisie immobilière, à quelque moment que se produise l'événement, avant l'adjudication.

(1) Il y a plusieurs arrêts contraires, mais ils paraissent dictés par cette volonté de faire à tout prix de la saisie une instance, et ils font trop bon marché d'un article spécial aux saisies et très net, au profit d'un autre article applicable par analogie seulement et à défaut d'autres mesures prévues.

§ 2. — *Incident de conversion de saisie immobilière en vente volontaire sur publications judiciaires.*

On trouve dans Boitard (1), Bioche (2), etc., cette théorie un peu étrange que la procédure de conversion de saisie est en état par le jugement de conversion, et que pour ce motif les décès, cessation de fonctions d'avoué, — et même les changements d'état-postérieurs sont sans influence sur le cours de la procédure. La question semble de cette façon mal posée. D'une part en effet la procédure de conversion, supposant l'accord des intéressés, n'est pas une instance ; il s'agit de contrat judiciaire et de juridiction gracieuse. Qui dit contrat dit consentement au moment où l'acte est passé, lorsqu'il y a un acte, et c'est le cas ; donc tout changement d'état de partie, et à plus forte raison tout décès, rend impossible le jugement de conversion ; par contre la cessation de fonctions d'un avoué paraît sans conséquence. Il n'y a donc pas lieu de parler ici de mise en état, et il n'y a aucune utilité à le faire.

Quant à la procédure de vente qui suit le jugement, le consentement des parties n'y semble plus nécessaire puisqu'il a été acquis et définitivement homologué dans le jugement ; et nous devons traiter cette procédure comme celle de vente sur licitation que nous examinerons plus loin.

§ 3. — *Revente sur folle enchère.*

La procédure de revente sur folle enchère est souvent considérée comme un incident de la saisie immobilière, et sa place dans le Code pourrait justifier cette façon de voir. En réalité elle peut se placer après toute vente en justice et n'est pas essentiellement un incident de saisie. Toutefois, au point de vue qui nous occupe, cette procédure apparaît avec des caractères semblables à ceux de la saisie : c'est une véritable voie d'exécution contre le fol enchérisseur, en vertu du jugement d'adjudication ; elle aboutit à une expropriation forcée, aux risques et périls du fol enchérisseur ; sans être aussi compliquée que la saisie, elle peut facilement se trouver entachée d'irrégularités, tant en la

(1) *Leçons*, T. II, p. 558.

(2) *Dictionnaire*, T. VI, p. 281.

forme qu'au fond ; il y a gros intérêt pour toutes les parties à pouvoir se surveiller et se défendre à tout moment ; l'intérêt du poursuivant lui-même est de ne pas se trouver exposé à une nullité par suite de la cessation de fonctions de son avoué ; bref, s'il n'y a pas d'instance ouverte, il y a menace d'instance à tout moment, contrôle du tribunal, et jugement de validité, implicite tout au moins, même en l'absence de toute contestation ; et la situation commande, comme en matière de saisie, l'extension de l'article 342 au cas de la folle enchère. Et elle le commande dans les mêmes conditions, c'est-à-dire avec les modifications exposées quant aux formalités mêmes qui constituent la mise en état et quant à ses conséquences. — Il reste entendu par ailleurs que les incidents proprement dits dans cette procédure, sont comme dans la saisie, de véritables petites instances, auxquelles s'appliquent normalement les articles 342 et suivants dans toutes leurs dispositions admissibles pour des instances qui ne sauraient être par défaut.

Enfin, et comme en matière de saisie, nous considérerons l'article 877 qui vise spécialement le cas de décès du saisi, comme le réglant seul par conséquent, et à l'exclusion de l'article 342 et suivants, dont l'introduction, indispensable ailleurs, serait ici superfétatoire. Mais une juste interprétation de texte considérera que le saisi dans le cas présent est le fol enchérisseur, — alors même que la folle enchère serait poursuivie après vente sur saisie. Le cas du saisi primitif est en quelque sorte réglé par la première adjudication ; sans doute il reste partie à la procédure, qui l'intéresse au premier chef, mais cette procédure est elle-même une sorte de saisie nouvelle dirigée contre l'enchérisseur qui n'exécute pas ses obligations, et c'est lui logiquement qui doit maintenant bénéficier des dispositions de l'article 877.

La jurisprudence et la doctrine adoptent en général ici la même méthode qu'en matière de saisie pour arriver aux mêmes résultats, elles déclarent que la procédure de revente sur folle enchère constitue une instance et en déduisent l'application des articles 342 et suivants. Nous n'avons pas à rechercher avec elles à quel moment commence cette instance, question assez difficile à trancher. Après saisie, elles considèrent qu'il s'agit d'un incident de saisie, mais

très larges, à l'instar du Code lui-même, elles n'exigent jamais reprise d'instance pour commencer l'incident quand l'avoué du saisi ou de l'adjudicataire a cessé ses fonctions, — la signification à partie suffit, — ou même quand le saisi ou l'adjudicataire est décédé ; elles admettent des significations à domicile et n'exigent pas que l'on se préoccupe autrement des héritiers (1). Mais une fois l'instance de folle enchère introduite, — puisqu'instance il y a — elles appliquent les règles ordinaires des instances (2).

§ 4. — *Revente sur surenchère du sixième ou du dixième.*

Au cas de surenchère, il s'engage une véritable instance jusqu'au jugement statuant sur la validité de la surenchère, ou de réception de cautions ; les règles de la mise en état s'appliquent donc sans difficulté et dans toute la mesure où elles peuvent s'appliquer lorsque le jugement est réputé d'office contradictoire.

Mais pour la procédure de vente qui suit, (lorsque l'adjudication n'a pas lieu le jour même où est rendu le jugement de validité en cas de surenchère du sixième), il y a lieu une fois de plus de rechercher si les mêmes règles sont applicables. On pourrait, adoptant une méthode déjà exposée, répondre d'après la solution que l'on donnera à une question plus générale : y a-t-il ou non instance ? Nous avons écarté cette méthode, louable par son souci de logique, mais dont les déductions ne paraissent pas convaincantes ; il faut bien reconnaître en effet d'une part, que l'on ne peut pas répondre à cette question plus générale d'une façon certaine, cette procédure, comme celles que nous avons vues auparavant, étant en réalité une procédure *sui generis*, qu'on ne peut jamais assimiler qu'à certains points de vue à une instance ; et d'autre part, qu'à s'en tenir exclusivement aux déductions logiques sans s'inquiéter des nécessités pratiques, on risque d'aboutir à des résultats inacceptables. Nous en concluons donc, sans porter la question sur un terrain aussi vaste, qu'il faut simplement rechercher si une assimilation peut être trouvée entre la procédure envisagée et une instance au point de vue de la

(1) Cass. Civ., 11 janv. 1904, D. P. 04-1-365.

(2) Cass. Civ., 19 avril 1887, D. P. 87-1-490.

mise en état, — et même au point de vue de certaines conséquences seulement de la mise en état ; car on ne peut la transposer ici que modifiée et réduite : l'expiration d'un délai la constitue, l'arrêt du cours des interruptions est sa seule conséquence. Nous avons adopté l'affirmative en matière de saisie immobilière et de folle enchère ; nous croyons devoir adopter la négative ici. L'introduction des règles de la mise en état ne saurait s'expliquer en effet qu'à titre exceptionnel, en raison du caractère si particulier de ces procédures, où les questions contentieuses sont vidées en somme par les jugements de validité. Mais maintenant il ne s'agit plus que de questions de publicité ; les possibilités d'incidents sont trop réduites ; les intérêts risquent trop peu d'être lésés, pour justifier l'introduction des règles compliquées de la mise en état dans la matière. Le tout d'ailleurs sous la réserve qu'en cas d'incident contentieux, le droit commun reprendra son empire. Peu importe que l'adjudication soit prononcée par le tribunal lui-même : ce détail ne saurait constituer un critérium ; et d'ailleurs on a soutenu que la vente sur surenchère pouvait être renvoyée devant notaire ; la loi du 17 mars 1917 l'a même admis formellement dans un certain nombre de cas.

§ 5. — *Vente sur licitation.*

La jurisprudence en a, il est vrai, décidé autrement, en général, car elle admet que la vente sur licitation elle-même constitue une instance et elle lui applique les règles des articles 342 et suivants (1). Il ne s'agit toujours bien entendu que d'une mise en état modifiée et réduite, la seule qui puisse s'adapter à pareille matière. La jurisprudence ne donne d'ailleurs pas d'argument de sa décision et se borne à des affirmations pures et simples ; tout au plus essaye-t-elle d'étayer sa solution sur cette idée que ces ventes, consécutives à une instance, apparaissent comme des incidents de ces instances, et sont des instances elles-mêmes. Cet excès de logique peut amener à des conséquences manifestement contraires à la réalité des choses. Au reste la jurisprudence a appliqué ces principes d'une façon surprenante lorsqu'elle

(1) Bordeaux 29 avril 1834 D. P. 36-2-5. — Dalloz, Rép. v^o *Reprise d'instance*, n^o 12.

a décidé (1) qu'il fallait placer la mise en état au moment de la sommation de prendre communication du cahier des charges déposé. La saine logique aurait voulu cependant que l'on plaçât la mise en état non pas au moment même où les intéressés sont mis en demeure de faire leurs observations et avant qu'ils aient pu le faire, mais au dernier jour où il leur est loisible de les présenter. Car alors la protection qu'on paraît leur accorder n'est qu'un leurre.

Il résulte des explications données plus haut que la solution de la jurisprudence en matière de ventes sur conversion, sur surenchère ou sur licitation paraît criticable pour les motifs exposés au paragraphe des ventes sur surenchère. Tout au plus pourrait-on hésiter en matière de conversion et de licitation parce que le cahier des charges n'ayant pas été sanctionné par une première vente, des difficultés importantes peuvent surgir à son sujet ; mais la nécessité d'imposer une limite à l'extension des règles de la mise en état hors de leur domaine naturel et de proche en proche à tous les domaines conduit à leur fixer ici le terme qu'elles ne doivent pas dépasser.

§ 6. — *Ordres et Contributions.*

En matière d'ordre, il faut écarter immédiatement l'ordre à l'audience, qui est purement et simplement une instance, avec cette seule particularité qu'il ne peut y avoir de jugement susceptible d'opposition, de jugement par défaut considéré comme tel. Les règles de la mise en état prévues pour ce cas, s'appliquent donc ici.

Mais le cas de l'ordre normal et de la contribution judiciaire est beaucoup plus difficile à éclaircir. Ici encore certains auteurs, séduits par les principes solides et les déductions rigides, voudraient rechercher, avant tout, si l'ordre est une instance, pour savoir s'il faut appliquer les règles de la mise en état. Ici encore nous considérons que ce n'est pas la bonne méthode pour obtenir des solutions en rapport avec la réalité. En dépit de certaines apparences, l'ordre n'est pas une instance ; il est, lui aussi

(2) Jug. du trib. de la Seine, 3 juin 1874 et autres décisions rapportées par Dutruc, *Supplément*, T. II, p. 495.

une procédure *sui generis*, et nous ne saurons si nous devons lui appliquer les règles de la mise en état qu'en recherchant les périodes de la procédure où la situation paraît devoir être régie par ces règles parce que les motifs qui les ont fait admettre pour l'instance, se retrouvent à peu près identiques. Si on appliquait d'ailleurs logiquement le système des principes et des déductions logiques, on pourrait arriver ici aussi à des conséquences difficilement acceptables, telles qu'interruption de la procédure en cas de décès d'un avoué produisant avant le règlement provisoire, interruption impossible après ce règlement, qui est un vrai jugement, et pendant les délais d'opposition, etc. On n'arriverait pas en tout cas à adapter à cette procédure des règles qui ne sont pas faites pour elle, et il faudrait donner à la logique que l'on voudrait respecter, un certain nombre d'entorses.

Mais d'une façon générale, doctrine et jurisprudence se montrent en matière d'ordre, beaucoup moins soucieuses de respecter ces principes logiques, et adoptant une méthode analogue à celle que nous avons suivie en matière de saisie immobilière, recherchent simplement à se rapprocher de la réalité. Délaissant ce principe que l'ordre est une instance, et qu'il faut le traiter comme tel à tous points de vue autant que possible, auteurs et jurisprudence, sollicités d'ailleurs ou guidés par la loi, admettent les sommations de produire délivrées aux héritiers collectivement, alors que dans une instance il faut assigner des personnes vivantes et nominativement ; ils admettent surtout que toute dénonciation de règlement provisoire ou définitif se fait à partie quand l'avoué est décédé, aux héritiers collectivement et au domicile du défunt si la partie est décédée, sans assignation en constitution de nouvel avoué ou en reprise d'instance. On ne se préoccupe d'introduire les articles 342 et suivants que lorsqu'on se trouve en présence d'une situation analogue à celle de la saisie-immobilière : lorsqu'aucune instance n'existant manifestement, il y a cependant menace d'instance et intérêt à sauvegarder le droit pour chaque intéressé de surveiller ce qui se passe et de se défendre la cas échéant ; lorsqu'un délai court pour proposer cette défense et lorsqu'il faut absolument trouver un moyen pour l'empêcher de courir, si une

partie vient à perdre pendant ce court laps de temps les moyens de surveiller ses intérêts et de les défendre ; en un mot, à partir de la dénonciation d'un règlement d'ordre, de contribution, ou provisoire ou définitif, d'une ordonnance de libération (1). Au premier abord il peut paraître surprenant que l'interruption d'instance joue justement au moment où une sorte de jugement vient d'être rendu, au moment où toute instance ordinaire cesserait et ne pourrait par conséquent plus être interrompue ; mais il faut considérer qu'ici la discussion ne précède pas le jugement ou ce qui y ressemble, elle ne peut que le suivre, les intéressés ne peuvent discuter qu'après qu'il est rendu. Les apparences ne doivent pas tromper ni faire prendre pour une différence étonnante ce qui est en réalité une ressemblance. Au surplus le Code n'admet-il pas la suspension du délai d'appel en cas de mort de la partie contre laquelle il court ? et ne saisit-on pas l'assimilation à faire entre cette situation et celle du créancier qui peut se croire lésé par les dispositions d'une ordonnance d'ordre ou d'un règlement ? Il s'agit donc de lui garantir son délai d'examen et de discussion, en toutes circonstances ; à défaut de texte à ce sujet, il faut recourir à ceux de la mise en état, qui en effet prévoient un cas tout à fait semblable : l'instruction d'une affaire et la garantie aux parties de leurs droits d'examen et défense, quoi qu'il arrive. On décide donc que le décès de la partie dénoncé ou la cessation de fonctions d'un avoué interrompent le délai, — l'instance, si l'on veut, — et qu'il faut réassigner pour le faire courir de nouveau. Jusqu'à quand ? jusqu'au moment où la partie cesserait d'avoir le droit d'élever un contredit ; passé ce délai, un décès quelconque ne saurait avoir aucune influence sur la marche de la procédure ; la partie a épuisé ses droits. Le juge ne peut faire des lois : il doit se servir de celles qui existent pour remplacer celles qu'on a négligé de faire, et d'une façon aussi habile que possible ; c'est de cette façon que se justifie l'introduction des règles de la mise en état dans cette matière, comme dans celle de la saisie immobilière

(1) Paris, 25 mars 1835, D. P. 53-2-185 ; cité par Garsonnet, *Traité*, T. V, p. 415, par Bioche, *Dictionnaire*, T. I, p. 725 et par Carré et Chauveau, *Lois de la Procédure*, T. III, p. 224. — Req. 2 août 1853, D. P. 54-1-354.

d'ailleurs. Ce remède de fortune, — comme tous les autres, — s'il donne presque tout le résultat voulu, ne le donne pas complet, et par contre en donne d'autres, secondaires un peu étranges. D'une part en effet, si nous supposons le délai pour contredire venant à expiration le lendemain du jour où décède une partie ou son avoué, le nouvel avoué ou celui des représentants n'aura certes par le délai légal pour examiner et contredire au besoin l'ordonnance ou règlement de l'ordre, car on admet que la nouvelle constitution fait courir ce qui restait à courir seulement du délai, et non un nouveau délai, soit dans l'espèce un délai d'une journée. D'autre part, si on applique les règles de la reprise d'instance, on aboutit à ceci : en cas de défaut de constitution sur la réassignation à comparaître dans une instance — qui n'existe pas, en somme, — il faudrait prendre un jugement déclarant reprise cette instance qui n'existe pas ! Bref, effets incomplets ou étranges, comme il a été dit, mais conséquences logiques de l'emploi des seuls articles de la loi, qui permettent de sauver le principal de la situation, qui ne sont pas faits pour cette situation, mais qu'on ne peut diviser et réduire.

Nous avons noté que cette mise en état, comme en matière de saisie immobilière, est particulière ; elle consiste dans la seule expiration d'un délai et elle ne peut produire qu'un effet, celui pour lequel elle a été admise, la cessation des interruptions de délai. Toutefois en matière d'ordre, il faut remarquer qu'on peut y rattacher une autre conséquence : l'arrêt du cours des récusations du juge commissaire (1). En matière de saisie, la récusation n'aurait pratiquement aucun intérêt dans l'hypothèse semblable à celle que nous envisageons : expiration du délai des dires ou contredits, — sans qu'il en ait été formé ; car les juges n'ont encore rien décidé et n'auront aucun litige à trancher. Ici au contraire, le juge commissaire a dressé un règlement, donc rendu une sorte de jugement, et son travail peut être critiqué pour cette seule cause qu'il est suspect de partialité. Cependant on ne se représente pas bien pareil repro-

(1) Bourges, 1^{er} avril 1878, D. P. 79-2-45 ; Rodière, *Cours*, T. I, p. 364, propose un autre système : application de l'article 383 sur les récusations des juges commissaires, le délai de trois jours courant de l'acte de produit.

che formulé sans contredit sur un point précis, et on a peine à admettre une récusation après que le juge s'est prononcé, ce qui est contraire aux règles très sages de la matière. Il paraîtrait plus normal de considérer que la seule production entre les mains du juge-commissaire emporte acceptation de ce juge et renonciation à toute récusation contre lui, quoiqu'il advienne (1). Mais on a sans doute considéré que la règle ainsi posée pourrait provoquer des récusations prématurées et des incidents inutiles; qu'en fait aucune récusation ne pourrait être proposée postérieurement sans un contredit à l'appui, donc sans un incident et qu'il suffisait d'ouvrir la porte aux récusations en cas de litige déclaré et avant un jugement définitif, — les règlements n'étant jamais que des projets proposés à l'acceptation des parties.

Le cas des contredits a été évidemment réservé jusqu'à présent. Avec lui nous rentrons dans la véritable instance avec la mise en état normale, — toujours sous la réserve qu'il s'agit de jugements non susceptibles d'oppositions. Il n'y aurait donc rien à dire de spécial ici s'il ne fallait rappeler qu'avant la loi de 1858 sur les ordres, les contestés ne pouvaient signifier aucune conclusions sur le renvoi à l'audience par le juge-commissaire. Il en résulterait que la mise en état devait se placer, même en cas de contestation, à l'expiration du délai pour contredire : en effet, l'affaire était réputée instruite à ce moment. La loi de 1858 en autorisant la signification de conclusions sur l'avenir à l'audience a rétabli en matière d'incident d'ordre la procédure normale, — et la mise en état normale.

Enfin il n'est contesté par personne qu'il n'y a pas d'interruption possible après le jugement sur incident d'ordre : nous sommes toujours dans le droit commun des instances. Si un avoué disparaît, on signifie à partie ; si une partie disparaît, on doit signifier à ses représentants.

Juridictions d'exception

§ 1. — Tribunaux de commerce.

Il n'existe pas de texte sur la question de la mise en état des instances commerciales. L'article 426 du Code de com-

(1) Cf. Rodière, au passage cité note ci-dessus.

merce traite bien de la reprise d'instance contre les représentants d'une partie au commerce, il implique donc interruption par suite de décès et nécessite par conséquent une mise en état qui fera cesser les interruptions. Mais la question n'est pas traitée explicitement. Le Code est d'ailleurs très bref sur la procédure commerciale, et la jurisprudence est obligée de suppléer à cette lacune ; elle admet d'une façon très générale, l'application des règles de la procédure civile, *mutatis mutandis*, à raison notamment de l'absence d'avoués devant les tribunaux de commerce. Mais ce principe, très général en effet, n'exclut pas les discussions innombrables et interminables sur chaque cas particulier. Dans celui que nous étudions actuellement, il faut reconnaître que les discussions sont soutenues surtout par les auteurs, et que la jurisprudence est à peu unanime pour transporter les règles de la procédure civile en matière commerciale.

La jurisprudence admet donc que la mise en état se place au même moment de la procédure, soit au commencement des débats. Elle est constituée par la lecture des conclusions de chaque partie par elles ou leurs mandataires réguliers. Le greffier n'aurait pas qualité pour faire valablement cette lecture. Mais le décret de 1808 sur la procédure des tribunaux et des Cours d'appel n'ayant pas son application devant les tribunaux de commerce, les formalités de dépôt de ces conclusions écrites n'existe pas régulièrement, et son omission ne saurait rendre une partie défaillante. Quant aux effets de cette mise en état, il sont identiques : cessation des interruptions, détermination du caractère du jugement, quelle que soit l'attitude des parties après la mise en état et quand bien même elles refuseraient de plaider ; détermination des juges par application de loi du 20 avril 1810 et droit de juger pour ceux-ci. Il n'y a donc pas matière à plus long développement, qui ne serait que répétition de ce qui a été dit plus haut.

Par contre, il faut étudier la théorie de certains auteurs (Chauveau (1), Garsonnet (2), Lyon-Caen et Renault (3) qui se sépare très nettement de celle de la jurisprudence.

(1) Carré et Chauveau, *Lois de la Procédure*, T. III, p. 340.

(2) *Traité*, T. III, p. 380.

(3) *Traité et Droit commercial*, T. I, p. 519.

Ces auteurs, sans contester les principes d'applicabilité *mutatis mutandis* des lois de la procédure civile à la procédure commerciale, croient pouvoir tirer du « *mutatis mutandis* » des conséquences que la jurisprudence n'avait pas envisagées. Ils soutiennent que le mandat de l'avoué est un mandat tout à fait particulier en droit, puisque la mort du mandat ne le dissout pas, et que l'avoué reste valablement constitué vis-à-vis de la partie adverse, alors même qu'il connaîtrait le décès, s'il ne le notifie pas, — à ses risques et périls d'ailleurs. Frappés de cette idée, ils en déduisent que devant le tribunal de commerce l'absence d'avoué rend inapplicables des règles qui ne s'expliquent que par le caractère particulier de son ministère ; que le mandataire au commerce étant soumis au droit commun, perd toute qualité quand le mandant décède, et à quelque moment qu'il décède. Ils admettent bien qu'après la clôture des débats et quand le rôle des parties est absolument terminé, l'interruption d'instance n'aurait plus aucun sens, et refusent d'attacher à partir de ce moment aucune importance au décès du mandant. Et ils ont raison sur ce dernier point, mais non sur le premier ; car ils paraissent croire que les règles de la mise en état sont fondées sur le caractère particulier du mandat de l'avoué : là se trouve l'erreur. Le législateur a arrêté le cours des interruptions d'instances au commencement des débats, exactement comme ils l'arrêtent, eux, à leur clôture : en admettant, — à tort sans doute — que le rôle des parties et de leurs avoués est fini à ce moment. Peu importe donc le caractère du mandat de l'avoué ; il n'a plus, par hypothèse, aucun intérêt, et c'est auparavant qu'il produit ses conséquences particulières ; qu'on cherche donc à soutenir qu'avant la mise en état au commerce le décès du mandant interrompt l'instance *ipso facto*, ou tout au moins quand l'adversaire le connaît, en tous cas sans dénonciation obligatoire, soit, — est ceci est en dehors de notre sujet ; — mais qu'on ne dise pas que la mise en état est établie sur ce caractère particulier du mandat de l'avoué et que l'on n'y voie pas un argument pour en changer la place en matière commerciale. Au surplus le cas de décès de l'avoué lui-même, — voire de l'avoué et de sa partie — est traité de même façon dans le Code de procédure après la mise en état, ou ce que

l'on appelle de ce nom ; il n'est pas meilleur argument pour faire tomber en droit la thèse des auteurs que nous venons d'exposer ; l'avocat reste seul, en admettant qu'il y en ait un ; il n'a pas plus de mandat de représenter le défunt qu'un mandataire quelconque devant le tribunal de commerce, lorsque le mandant est décédé ; et il est admis cependant à plaider ! Mais ces auteurs ajoutent à cet argument de droit du mandat de l'avoué un argument de fait : les héritiers de la partie décédés sont exposés à se voir juger sans accord avec l'avocat de leur auteur, ou avec son mandataire, à supposer qu'il en ait eu un, à quoi il n'était pas tenu d'ailleurs. Cet argument est tout aussi valable au civil qu'au commerce ; dans l'un et l'autre cas, en fait, l'avocat obtiendra sans difficulté une remise du tribunal pour se concerter avec les nouveaux plaideurs, mais en droit le tribunal aura le droit de la lui refuser, — et de léser tout aussi gravement les intérêts civils que commerciaux : ce serait la conséquence fatale, déjà indiquée plus haut, de cet étrange principe, que le commencement des débats équivaut à leur clôture ! Il faut voir dans cette théorie de la doctrine un essai très naturel de restreindre dans toute la mesure possible le domaine de la mise en état du Code de procédure, dont les défauts ne sont plus à prouver ; mais on doit reconnaître que les arguments ne tiennent pas et qu'il est impossible de trouver aux règles de cette mise en état des motifs qui la rendent spécialement civile, essentiellement incompatible avec la procédure commerciale. Le seul remède serait une modification légale qui abrogerait devant tous les tribunaux une règle défectueuse, et une pratique qui l'est plus encore.

Quoi qu'il en soit, il est à noter pour terminer, que dans le système des auteurs qui vient d'être exposé, la mise en état, reportée à sa place véritable, la clôture des débats, ne produit plus à ce moment que ses effets propres : arrêt du cours des interruptions d'instance et détermination du caractère du jugement à intervenir. Les autres effets de la mise en état du Code de procédure combiné avec différents textes, et qui sont en réalité produits par l'ouverture des débats restent attachés à celle-ci, savoir : la détermination des juges qui devront assister à toutes les audiences où l'affaire sera instruite et qui devront seuls juger ; l'arrêt

du cours des récusations, demandes de renvoi, etc., et la saisine du juge ou droit pour lui, de clore les débats quand il les juge suffisants, et de rendre sa sentence.

§ 2. — *Justices de paix.*

La question de la mise en état en justice de paix n'est l'objet d'aucune jurisprudence, et les auteurs ne l'étudient pas, — parce qu'elle ne se pose pas en fait. Il est fort rare en effet que les débats devant le juge de paix occupent plusieurs audiences : la clôture suit de très près leur ouverture. Si même quelque mesure d'instruction est ordonnée, il est clair que l'affaire cesse d'être en état après le jugement qui la prescrit. Il n'y aurait donc rien de plus à en dire que ce qui vient d'être exposé au paragraphe précédent à propos des tribunaux de commerce.

§ 3. — *Cour de Cassation.*

La procédure de la Cour de Cassation, en principe, n'est pas réglementée par le Code de procédure, mais par des ordonnances spéciales, notamment celle de 1738. Toutefois la question de la mise en état n'est pas traitée dans ces ordonnances, et en fait, chaque fois qu'elle s'est posée devant la Cour, celle-ci s'est référée à l'article 343 du Code comme étant la règle générale à laquelle il n'y a lieu de déroger en l'absence d'un texte spécial.

Dès l'abord il faut écarter du sujet la question de la mise en état devant la Chambre des Requêtes, — tout au moins dans le cas normal, lorsqu'une seule partie se présente devant cette Chambre. Il ne saurait en effet être question d'interruption d'instance, conséquence en vue de laquelle ont été établies les règles de la mise en état. Il ne saurait être question non plus de rechercher si l'arrêt sera contradictoire ou par défaut. Le dépôt de la requête saisit la Cour définitivement et lui donne le droit de juger ; si en fait le requérant peut se voir accorder un délai pour développer ses moyens, ceux-ci doivent se trouver dans la requête en substance, et ni son décès, que l'on ne saurait d'ailleurs à qui dénoncer, ni la cessation de fonctions de son avocat ne peuvent arrêter la procédure.

Devant la Chambre civile au contraire, l'instance se dé-

roule comme la lutte entre les parties devant les autres tribunaux, et la question de mise en état reprend tout son intérêt. Ainsi que nous l'avons dit plus haut, elle est tranchée d'après l'article 343 du Code de procédure, — mais *in fine*, c'est-à-dire que la Cour de Cassation considère la procédure employée devant elle comme analogue à l'instruction par écrit, ce qui est exact logiquement et historiquement. Les parties sont tenues de se signifier et de déposer au greffe dans des délais variables, leurs productions ; elles ont sans doute le droit de présenter avocat ensuite à l'audience pour développer leurs moyens, mais la Cour estime que les plaidoiries sont d'importance secondaire, que les productions doivent contenir toute la substance des deux thèses en présence et que l'instruction de l'affaire est en réalité complète après dépôt de ces productions ; elle ne s'est donc pas arrêtée à cette différence entre l'instruction par écrit du Code et la procédure suivie devant elle, qui seule autorise des plaidoiries sur les mémoires, et elle décide que la mise en état vient se placer au moment du dépôt des productions, comme dans l'autre cas (1). De fait le décès d'une partie ou la cessation de fonctions de son avocat n'ont plus du tout la même importance après ce moment et ne justifieraient plus une interruption d'instance. Et par application du même article 343, la Cour juge que l'absence de productions d'une des deux parties, l'expiration du délai qui lui est donné pour faire cette production, emporte mise en état de l'instance (2) : l'intéressé a été mis à même par l'assignation, si c'est le défenseur ou par une sommation spéciale si c'est le demandeur, de présenter sa défense ; il ne peut tenir indéfiniment en échec par sa mauvaise volonté ou sa négligence son adversaire et la Cour. Les causes d'interruption d'instance sont donc sans effet quand les délais de productions sont expirés.

Cette mise en état produit naturellement son effet essentiel, que nous venons d'indiquer. D'autre part elle saisit la Cour qui a désormais droit de juger, — sous la seule réserve de l'observation des formes légales : rapport d'un conseiller, plaidoiries si les avocats sont présents,

(1) Carré et Chauveau, *Lois de Procédure*, T. II, p. 224, en note.

(2) Cass. Civ., 3 mai 1911, D. P. 13-1-453 ; 28 déc. 1904, D. P. 05-1-273 ; 3 fév. 1896, D. P. 98-1-502 ; 4 fév. 1884, D. P. 84-1-247.

conclusions du Ministère Public. Mais la mise en état ne détermine pas le caractère de l'arrêt qui est nécessairement contradictoire dès que le défendeur constitue avocat, — et qui n'est pas nécessairement par défaut s'il ne l'a fait, car il n'est pas forcé du droit d'en constituer un. Nous n'avons pas à rechercher jusqu'à quel moment il peut le faire. — Enfin, cette mise en état n'a pas de rapports non plus avec la question de détermination des Conseillers qui doivent connaître de l'affaire, car elle n'est pas constituée par une formalité à l'audience ; la première formalité de ce genre lui est postérieure, et c'est le rapport. Seuls les Conseillers qui assistent à ce rapport peuvent valablement prendre part à la délibération et à l'arrêt. C'est aussi au moment de la lecture du rapport au plus tard que les parties doivent formuler leurs récusations, s'il y a lieu.

§ 4. — *Arbitrages.*

Pour la procédure devant arbitres, la loi renvoie en principe aux règles de la procédure devant les tribunaux d'arrondissement (1). Il y a donc lieu de considérer les dispositions spéciales du titre de l'arbitrage comme des règles exceptionnelles, de droit étroit. Partant de ce principe, nous devons placer la mise en état devant arbitres au jour où les productions leurs auront été fournies ou à l'expiration du délai pour le faire ; ce sont les principes de l'instruction par écrit, appliqués déjà devant la Cour de Cassation, qui trouvent naturellement leur place ici. Mais cette mise en état ne pourra produire toutes les conséquences ordinaires. Il ne saurait être question par exemple d'y rechercher la détermination du caractère de la sentence à intervenir, puisqu'elle ne sera pas susceptible d'opposition. Cette mise en état n'a aucun rapport non plus avec la détermination des juges qui devront rendre la sentence ni avec l'arrêt du cours des récusations ; car les juges sont déterminés auparavant par hypothèse, et par hypothèse également les parties les ont acceptés et même désignés. Par contre il faut reconnaître ici encore à la mise en état cette conséquence qu'elle donne le droit au juge de rendre la sentence : il est définitivement saisi par les productions,

(1) Paris, 31 mai 1842, D. P. 44-2-10.

et il a non seulement le droit, mais le devoir de juger. Enfin, et c'est toujours le point principal ; la mise en état clot la période pendant laquelle l'instance peut être interrompue par un des événements prévus à l'article 344 du Code. Toutefois on peut rencontrer une difficulté en cet endroit dans l'article 1013, qui déclare le compromis caduc quand une partie décède et que ses représentants sont mineurs, — sans distinguer suivant le moment où survient le décès, donc sans tenir compte apparemment de l'état de l'instance. Les avis sont partagés sur l'interprétation à donner à ce texte, car les uns, partant du principe exposé plus haut, restreignent le plus possible le domaine de l'application de l'article 1013 et ne le croient applicable que sous réserves des règles générales de la mise en état, — donc jusqu'à celle-ci et non après ; les autres au contraire, s'attachant aux termes formels et catégoriques de cet article le croient applicable en tout état de cause. A vrai dire, en admettant même cette dernière théorie, on pourrait faire observer qu'il n'y aurait pas dérogation aux règles de la mise en état : en effet l'article 1013 n'institue pas une cause d'interruption d'instance, mais bien une cause d'extinction d'instance : celle-ci, fondée sur le compromis, devient caduque comme lui, et il est impossible de la reprendre ensuite sur les derniers errements de la procédure ; tout est à refaire (1). — La deuxième prescription de l'article 1013, simple suspension du délai du compromis pendant le délai de délibération et inventaire au cas d'héritiers majeurs, peut se concilier facilement avec les règles de la mise en état. Les parties, ayant conclu, n'ont plus aucun intérêt à voir prolonger le délai pour le faire, et les arbitres, mis en possession des documents, peuvent juger sans aucune difficulté dans le délai qui leur était imparti primitivement, quoi qu'il advienne des parties. Mais en se plaçant dans la période antérieure à la mise en état, on pourrait au premier abord voir dans cette prescription de l'article 1013 une sorte de double emploi avec l'interruption d'instance, et conclure au rejet de celle-ci

(1) Garsonnet, *Traité*, T. VIII, p. 416. — L'intérêt pratique conseille d'ailleurs de restreindre autant que possible le domaine d'application de l'article 1013 qui paraît créer des complications inutiles. Cf. Boitard, *Leçons*, T. II, p. 732.

en la matière, pour s'en tenir exclusivement à l'article 1013, — qui au surplus paraît ignorer précisément les formalités de reprise d'instance. Ce serait une erreur ; les deux séries : interruption d'instance et suspension du délai du compromis s'allient parfaitement et ne se doublent pas ; en principe le compromis est conclu pour une durée limitée ; il fallait en cas de décès déterminer exactement les modifications à apporter à cette durée, la prolonger nécessairement, mais non pas indéfiniment ; l'article 1013 fixe ce point et indique la période pendant laquelle les intéressés devront accomplir les formalités légales de procédure, assignation en reprise d'instance, dépôt des productions, etc., afin d'arriver à la sentence arbitrale en temps utile.

§ 5. — *Chambre du Conseil.*

Pour être complet, il faut dire quelques mots de la mise en état des instances devant la Chambre du Conseil. Puisqu'il s'agit d'instance, il n'est donc pas question de la juridiction gracieuse qui est pratiquement la plus fréquente. Dans la juridiction contentieuse même, la mise en état ne trouve sa place complète qu'en matière d'opposition à taxe. Sans doute la loi veut qu'elle soit jugée « sans procédure » ; il n'en reste pas moins que les parties doivent constituer avoué et prendre des conclusions orales devant la Chambre du Conseil ; il n'en faut pas plus pour qu'il puisse être question d'interruption d'instance, de détermination des juges, de récusation, de droit de juger, etc., et d'après les principes généraux nous devons rattacher tout cela à la mise en état, constituée par des conclusions simplement orales, sans obligation de dépôt (1), ou tout au moins à l'audience à laquelle elles auraient dû être prises. Un seul point à noter : les jugements n'étant pas susceptibles d'opposition, il n'y a aucun rapport ici entre la mise en état et le caractère du jugement.

Quant aux autres procédures contentieuses, autorisation de femmes mariées, déchéance de puissance paternelle, etc., elles se font sans procédure ni conclusions, ni avoués ; le décès d'une partie les fait tomber entièrement ; il ne peut être question de jugement par défaut ; bref la

(1) Req. 7 mai 1902, D. P. 03-1-212.

théorie de la mise en état n'est plus représentée que par quelques débris : la comparution des parties emporte détermination des juges, abandon des récusations, demandes de renvoi, etc., et donne au tribunal le droit de juger. Au reste la matière n'a fourni aucune jurisprudence, et il n'en est pas question en doctrine.

CHAPITRE TROISIÈME

Comment l'instance cesse d'être en état

Après avoir recherché quand et comment l'affaire était mise en état et les effets de cette formalité, il faut pour compléter cette étude, établir quand et comment l'instance cesse d'être en état, et ce qu'il advient des effets de la mise en état.

Comment l'instance cesse d'être en état,

Il y a lieu de mettre à part tout d'abord les cas où l'instance elle-même disparaît : la mise en état n'a plus de sens et disparaît *ipso facto*. Il en est ainsi quand il y a désistement, acquiescement, péremption, etc., et notamment, — c'est le cas normal, — quand il y a jugement sur le fond, — que celui-ci soit valable ou nul, en premier ou dernier ressort, contradictoire ou par défaut. Les effets produits par la mise en état sont acquis et il n'y a plus à y revenir, mais évidemment elle n'en pourra plus produire, n'existant plus elle-même. L'application rigoureuse du principe amènerait d'ailleurs des conséquences parfois regrettables, et nous verrons que le législateur a cherché à y parer en adoptant certaines dispositions particulières.

Nous avons cité parmi des causes de mise hors état de l'instance le jugement sur le fond, cas normal. Mais en réalité, comme nous l'avons vu, chaque instance peut comprendre plusieurs mises en état successives (incidents, jugements avant dire droit, etc.), à chacune desquelles correspond une mise hors d'état par le jugement rendu sur la question soumise au tribunal. Par conséquent tout jugement, même d'avant dire droit, sur incident, etc..., met la cause hors d'état. La présence des parties, si l'instance continue redevient indispensable ; il leur faudra à nouveau poser une question aux juges pour les en saisir, et leur donner le droit de juger à nouveau ; les effets de leurs conclusions antérieures à ce point de vue

sont épuisés (1) ; elles doivent être reprises, ou de nouvelles doivent être prises pour que le tribunal puisse en connaître.

Tout cela n'est vrai évidemment que si un véritable jugement a été rendu et ne s'applique pas dans les cas où le tribunal a officieusement en quelque sorte, et les débats étant clos, procédé à une investigation particulière sans ordonner une mesure d'instruction proprement dite (2). Toutefois le terrain est glissant ici : la loi a mis à la disposition des juges des mesures d'instruction précises et réglementées dans l'intérêt des parties ; elles doivent être prescrites par jugement, poursuivies contradictoirement et soumises à la discussion des parties quand il y est procédé. On trouve bien des arrêts qui ont déclaré inutile la reprise des conclusions et par conséquent considéré l'affaire comme demeurée en état après jugement ordonnant un interrogatoire, par ce qu'il n'avait pu avoir lieu (3), mais il est impossible d'admettre pareille solution : on ne saurait à aucun moment, ne connaissant pas quelle sera le sort de la mesure ordonnée, si l'affaire est ou non en état. Un autre arrêt (4) a cependant admis la même solution après comparution ordonnée par arrêt, en Chambre du Conseil, et parce qu'aucune partie n'avait pris de conclusions nouvelles ; on a supposé qu'elles s'en réfèrent aux premières. Un autre encore a statué dans le même sens après une mesure d'instruction régulière ordonnée par arrêt (5). Ces solutions ont sans doute été commandées par des considérations de fait et d'équité, mais sont nettement contraires au principe que tout jugement met la cause hors d'état.

(1) Aix, 28 avril 1871, D. P. 72-2-83. On trouve parfois des décisions contraires (Req. 9 août 1870, D. P. 71-1-320), mais elles s'appliquent à des cas un peu douteux et sont amenées par des considérations de fait et le désir, chez les juges, d'écarter la chicane : même lorsqu'elle cherche à tirer argument de principes certains et indiscutables par ailleurs, il est permis de leur donner de légères entorses pour sauvegarder le principe plus élevé de la justice à rendre.

(2) Cass. Civ., 20 fév. 1872, D. P. 72-1-138, Req. 18 janv. 1887, D. P. 89-1-73.

(3) Req., 6 déc. 1892, D. P. 93-1-478.

(4) Req., 5 mars 1907, D. P. 09-1-534.

(5) Cass. Civ., 26 octobre 1898, D. P. 99-1-129.

Si d'ailleurs dans les dernières espèces rapportées, il s'était agi de savoir, non s'il fallait reprendre des conclusions, mais si l'instance avait pu et dû être interrompue par certains événements postérieurs au jugement d'avant dire droit, la solution aurait sans doute été différente.

Comme les jugements d'avant dire droit, ceux qui déclarent le partage et nécessitent de nouveaux débats mettent la cause hors d'état. On a pu en douter cependant, parce que, dans une certaine opinion qui est la plus générale, la cause soumise au tribunal augmenté d'un membre répartiteur doit être la même point pour point que celle sur laquelle le partage a été déclaré. Quoi qu'il en soit, l'obligation de recommencer intégralement les débats emporte celle de saisir à nouveau le tribunal, de prendre de nouveau des conclusions devant lui pour lui donner le droit et le devoir de juger, de remettre en somme la cause en état, et il paraît dès lors logique d'admettre que le jugement de partage l'a mise hors d'état. Toutefois il est à noter que dans le cas d'instruction par écrit, les parties n'ont plus aucun rôle à jouer même s'il y a partage, la cause n'étant reprise que depuis le rapport, et il n'y a donc pas lieu d'admettre en ce cas la mise hors d'état par jugement de partage.

Le jugement sur incident produit en principe les mêmes effets. Quand il a été conclu uniquement sur l'incident, aucune difficulté ne peut s'élever. Au cas contraire (incompétence, reproches, incidents se présentant à juger au cours des débats) on peut trouver le cas de jugements partiels sur l'incident, ordonnant la continuation des débats ou remettant la décision sur le fond à une audience ultérieure ; ces jugements partiels, par cette raison même qu'ils sont partiels, et ne portent que sur une partie des points soumis au tribunal, la réponse aux autres étant remise à bref délai, n'entraînent pas la mise hors d'état de la cause.

Les jugements ordonnant sursis (en cas de divorce, désaveu, tierce opposition, arrêté de conflit, etc...) produisent à coup sûr cet effet de mise hors d'état. Ils prescrivent en effet une remise, peut-être fort éloignée, ou *sine die*, et impliquant la reprise intégrale des débats, sur des données d'ailleurs probablement modifiées par les événements qui se seront passés pendant la période d'attente, et dont le

juge croit nécessaire de connaître le cours ou le résultat pour pouvoir prendre une décision.

Mais il est certains jugements qui n'offrent pas les caractères indiqués plus haut et qui ne sauraient mettre la cause hors d'état : ce sont ceux qui ordonnent la clôture des débats, ou leur continuation à autre audience, ou qui prescrivent la jonction de deux instances en vue du prononcé d'un seul jugement, ou encore les jugements de donné acte comme il s'en présente au cours des débats ; enfin ceux de pure administration intérieure ; d'une façon générale ceux qui ne portent pas sur la question posée au tribunal. C'est d'après cette formule assez générale, mais assez précise si on la rapproche de ce qui a été dit sur la mise en état, que l'on peut apprécier quels jugements ne mettent pas la cause hors d'état. Ainsi les jugements de délibéré, quels qu'ils soient, ayant pour objet essentiel de clore les débats et constatant en réalité la seule véritable mise en état de l'instance, ne sauraient entraîner la mise hors d'état ; il y aurait là contradiction essentielle. Il en est de même des jugements de simple remise des débats, quand bien même le commencement des débats consisterait uniquement dans la prise des conclusions à la barre, puisque la loi attache à cette formalité l'importance que nous avons vue.

Les jugements constituent la principale cause de mise hors d'état de l'instance, mais non la seule. Nous avons discerné au moment de la mise en état la fixation définitive de certains éléments : parties au jugement, et juges appelés à assister à toutes les audiences et juger. Or, s'il est permis de négliger la mort d'une partie par exemple ou la cessation de fonctions d'un avoué, il est impossible de négliger la disparition de l'un des juges nominativement désignés, — dans le cas tout au moins où ils assistaient à l'audience de mise en état en nombre minimum pour constituer valablement le tribunal. Si donc l'un d'eux meurt ou reçoit une affectation nouvelle, l'un des éléments essentiels déterminés par la mise en état disparaît, — et elle-même disparaît par voie de conséquence ; il faut recommencer les débats depuis le début, remettre la cause en état. Le jugement qui serait rendu dans d'autres conditions, avec la participation d'un magistrat nouveau, serait nul.

Ces solutions sont incontestées et ont été appliquées très fréquemment. Il en est autrement toutefois, lorsque l'affaire est instruite par écrit (instruction par écrit, affaires d'enregistrement, etc.), car alors les parties n'ont aucune formalité à accomplir en présence du tribunal ; la seule à laquelle il assiste, celle qui le saisit et détermine les juges, est la lecture du rapport, postérieure à la mise en état ; au cas de disparition d'un magistrat, fut-ce le rapporteur, il suffit de reprendre la procédure à partir du rapport ; la mise en état n'est nullement atteinte. Au cas de changement de juge, il faut rattacher ceux de changement de Chambre ou tribunal, qui produisent à fortiori les mêmes résultats.

Enfin, si l'on admet la théorie esquissée plus haut d'une véritable mise en état des instances par défaut, la constitution d'avoué du défendeur, survenant au cours de l'instruction de l'affaire qui peut comporter, en droit du moins, et qui comporte en fait dans certains cas une plaidoirie, met la cause hors d'état.

Il ne semble pas qu'il y ait d'autres causes de mise hors d'état de l'instance. Ainsi il a été jugé qu'une partie ne pouvait pas retirer purement et simplement ses conclusions, faire disparaître ainsi de son autorité un fait acquis aux débats et mettre de son propre chef la cause hors d'état (1). Mais si cette solution se comprend parfaitement, on accepte plus difficilement que la cause reste en état alors même que les conclusions primitives se trouvent gravement modifiées, ou encore et surtout lorsqu'un incident absolument nouveau surgit au cours des débats et motive des conclusions spéciales. Dans le premier cas, il ne faut pas oublier que l'objet de l'instance ne peut être modifié et transformé sans limite, étant circonscrit d'assez près par l'objet de l'assignation introductive d'instance ; mais dans le second on trouve l'exemple parfait du cas où une partie peut se voir jugée sans avoir été à même de se défendre, car rien n'autorise à dire que la mise en état est divisible et qu'il pourra y avoir encore interruption, le cas échéant, sur un nouveau point présenté au cours des débats et tant que l'autre partie n'aura pas été mise en de-

(1) Req., 6 déc. 1878, D. P. 93-1-478.

meure régulièrement d'y répondre. Sans doute on admettra bien que le jugement rendu pourra être par défaut faute de conclure sur ce point nouveau, mais là n'est pas la solution logique de cette situation un peu particulière et qui peut être très intéressante. La seule d'ailleurs serait le report de la mise en état à son ancienne et véritable place, la clôture des débats. On peut tenir un raisonnement semblable pour le cas où, après clôture des débats, le tribunal en ordonne la réouverture pour un motif quelconque ; il ne peut s'agir ici de les recommencer par leur formalité initiale ; c'est une simple continuation, donc il n'y a pas eu mise hors d'état. Mais une partie peut ne plus se trouver à même de reprendre sa défense par suite d'événement survenu depuis la mise en état, et qui antérieurement à celle-ci aurait eu pour effet d'interrompre l'instance. Cependant les règles de la matière ne permettent pas de remédier à cet inconvénient : ici encore la vraie solution serait le report de la mise en état à la clôture définitive des débats.

Quels effets produit la mise hors d'état de l'instance ?

En principe les conséquences que produisait la mise en état cessent et les parties se trouvent placées à nouveau dans une situation analogue à celle qui précédait la mise en état.

Ainsi en ce qui concerne le caractère du jugement à intervenir, l'effet des conclusions prises devant le tribunal est épuisé ; peu importe le caractère du jugement qui vient d'être rendu : il faudra de nouvelles conclusions pour que les juges soient saisis à nouveau et ils n'auront à connaître que de celles-ci. Sans doute si le premier jugement a été contradictoire, les autres ne pourront être par défaut faute de comparaître, mais c'est la constitution d'avoué ou la comparution au commencement de l'instance qui produit cette conséquence d'une façon définitive ; les jugements à venir peuvent donc être tout au plus par défaut faute de conclure et ils le seront précisément chaque fois qu'une partie n'aura pas repris de conclusions depuis le jugement qui aura immédiatement précédé celui qui est envisagé.

Ce qui vient d'être exposé pourrait être répété presque dans les mêmes termes au sujet de la saisine du juge, de son droit de prononcer la sentence. L'effet des conclusions portées devant lui étant épuisé par le jugement rendu, le juge n'a plus aucun pouvoir de statuer à nouveau aussi longtemps que la cause n'aura pas été remise en état. Sans doute le tribunal peut-il menacer de radier et effectivement radier du rôle une cause dans laquelle une mesure d'instruction par exemple a été ordonnée, et qui ne revient pas devant lui à l'audience ; c'est une mesure d'administration intérieure, sans grande portée d'ailleurs. Mais ce n'est à aucun degré un jugement sur l'affaire.

La mise hors d'état abolit aussi, mais en partie seulement, les effets de la mise en état en ce qui concerne la détermination des juges appelés à trancher le différend. Il est vrai que la cause pourra revenir après instruction, sursis, etc., devant le tribunal composé de membres absolument nouveaux ; cela se conçoit, car en fait d'abord la règle contraire pourrait aboutir à des impossibilités, par exemple si un juge décède en cours d'instance ; mais même en droit, les règles de la saisine, l'obligation de reprendre devant les juges ces conclusions, la limitation du débat aux seules conclusions reprises dans ces conditions, assurent aux parties la protection que la loi a voulu leur accorder en posant le principe que les mêmes juges doivent assister à toutes les audiences de la cause, jusqu'au prononcé du jugement inclusivement. Par contre on admet que l'acceptation des juges une fois acquise par l'absence de récusation lors de la première mise en état, vaut pour toute l'instance, cette première mise en état ne portât-elle que sur un incident, et toute mise en état postérieure devant de nouveaux juges entraîneront donc des conséquences valables jusqu'à la fin de l'instance. On pourrait, il est vrai, rechercher si un principe aussi rigide se justifierait bien en toutes circonstances, par exemple lorsque viendrait en discussion devant le tribunal un incident ou une question particulière tout à fait éloignés des points précédemment discutés et dans lesquels seuls un magistrat pourrait avoir un intérêt, — magistrat précédemment accepté et que rien ne pourrait donc faire écarter. La question ne paraît pas s'être posée en jurisprudence. Mais si

elle est tenue et rarement réalisable, elle peut être posée à juste titre en théorie (1).

Enfin, et pour terminer, il faut examiner les rapports de la mise hors d'état avec le principal effet de la mise en état : l'arrêt des interruptions d'instance. Ne rentre réellement dans le sujet que le cas où la mise hors d'état n'est pas en même temps une extinction d'instance, où par exemple, le jugement étant rendu sur un incident ou avant dire droit, l'instance continue. Les causes d'interruption survenues depuis la mise en état et paralysées par elle reprennent immédiatement leurs effets ; si un avoué a cessé ses fonctions depuis ce moment, rien ne peut être fait avant une nouvelle constitution ou jugement qui ordonne la reprise d'instance ; si une partie est décédée depuis la même date et si la notification de ce décès a été faite, tout est suspendu jusqu'à la reprise d'instance. A plus forte raison les causes d'interruption postérieures à la mise hors d'état produisent-elles leurs effets normaux. D'autre part, le changement d'état, quel qu'il soit, n'a pas plus d'effet s'il se produit pendant que la cause est en état qu'il n'en aurait s'il s'était produit avant qu'elle y fût, c'est-à-dire qu'il n'en a aucun.

Mais il est impossible de considérer comme totalement étrangères au sujet et de passer sous silence les règles à observer après le jugement définitif. Sans doute l'instance est éteinte ; mais le droit commun ne reprend pas intégralement son empire.

Il est vrai que la cessation de fonctions d'un avoué n'a plus aucune conséquence ; les qualités, le jugement seront signifiés directement à partie et cela sera suffisant pour la validité de la procédure. De même encore le décès ou le changement d'état de la partie qui signifie un acte rend cet acte nul s'il n'est rédigé au nom de celui qui a seul qualité désormais pour agir ; et ces événements qui auparavant ne pouvaient avoir aucune conséquence ou n'en avaient qu'après avoir été dénoncés produisent maintenant leurs effets immédiatement et *ipso facto*, comme pour n'importe quel autre acte de droit. C'est ainsi qu'en aucun cas on ne peut signifier un jugement au nom de la partie défunte,

(1) Cf. plus haut, p. 38, note 6.

qu'un tuteur n'aurait plus qualité pour signifier le jugement rendu au profit de son pupille si celui-ci est devenu majeur depuis, et avant la signification, etc... (1). Les arrêts dans ce sens ne se comptent pas et on n'en trouve pas qui admettent la solution contraire.

Mais si au contraire nous considérons non plus la partie qui signifie le jugement, mais celle à qui il est signifié, nous constatons que la jurisprudence admet la signification à la partie telle qu'elle figure dans les qualités du jugement, — alors même que depuis la mise en état de l'affaire cette partie est décédée ou a changé d'état, — sous la réserve naturellement que ce décès ou ce changement d'état n'a pas été régulièrement porté à la connaissance de l'adversaire (2). On admet donc que la mise en état produit ici une véritable conséquence alors même qu'elle n'existe plus, et on autorise chaque partie à ne pas se préoccuper des événements qui lui sont postérieurs : chacune a le droit de s'en tenir à la situation fixée par le jugement. A vrai dire aucun texte ne justifie cette règle ; on argumente seulement par conclusion tirée de l'article 447 du Code, qui suspend d'office les délais d'appel en cas de décès de la partie contre laquelle ils courent, mais qui autorise la signification collective au domicile du défunt pour la reprise de ces délais ; on peut bien trouver là une indication pour le cas où le décès est survenu avant la première signification et où il ne peut donc être question de suspension de délai. Toutefois il faut reconnaître que les avis ne sont pas unanimes ; certains auteurs (3), n'admettent pas la possibilité d'une signification collective au domicile de la partie défunte comme première signification. D'autres exigent la signification aux héritiers individuellement (4).

(1) Grenoble, 24 fév. 1914, D. P. 16-2-193.

(2) Metz, 11 mai 1854, D. P. 54-2-244.

(3) Rodière, *Cours*, T. II, p. 86.

(4) Dalloz, Rép. v^o *Reprise d'assistance*, n^o 44. Il faut noter en passant que pour le délai de pourvoi en cassation, le système admis est absolument indépendant de celui de l'article 447 ; il est organisé par le règlement de 1738, partie I, Titre IV, art. 14 et prévoit un nouveau délai courant à partir de la deuxième signification qui doit être faite aux héritiers individuellement.

Mais cette disposition spéciale de l'article 447 et les conclusions qu'on en peut tirer constituent tout à fait les dernières conséquences, — lointaines d'ailleurs, de la mise en état. Il est impossible d'étendre des règles analogues à l'acte d'appel ou à l'assignation devant la Cour de Cassation. Il s'agit maintenant d'une véritable instance nouvelle, et il faut comme dans toute instance qui commence, que le demandeur ait personnellement toutes les qualités requises pour agir et qu'il agisse contre ceux-là seuls qui ont toutes les qualités requises pour défendre à l'action. Quels que soient donc les décès, changements d'état, etc., survenus, celui qui agit doit s'en enquérir avant d'agir et en tenir compte à peine de nullité ; il doit faire son affaire personnelle des recherches nécessaires pour être dûment informé. Les arrêts sont innombrables sur la question, plus particulièrement peut-être à propos de l'assignation devant la Chambre civile de la Cour de Cassation. Ce qui peut créer ici une certaine confusion, c'est que cette assignation contient en même temps signification de l'arrêt d'admission, et à tort assurément, le mot de « signification » a créé parfois un certain doute à cause des règles particulières aux significations. Mais la jurisprudence a maintenu fermement les principes, et à bon droit distingué entre les significations de jugements ou d'arrêts, et celles d'arrêts d'admission et d'actes d'appel qui sont de véritables assignations. On trouve peut-être quelques décisions contraires (un arrêt de 1824 rapporté dans Sirey 1832) mais absolument isolées. On trouve aussi dans un auteur (Garsonnet. Traité 5, p. 796-8) l'opinion que l'acte d'appel reste valable si la personne à qui il est signifié est décédée ou a changé d'état trop récemment pour que le fait nouveau puisse être connu de l'appelant. C'est une opinion équitable sans doute ; car l'acte d'appel ne pourrait peut-être pas être réitéré en temps utile et l'appel entier tomberait. Mais il est impossible d'en faire une règle de droit.

Vu : *Le Président*,
CARPENTIER.

Vu et permis d'imprimer
Le Recteur de l'Académie de Paris,
Paul APPELL.

Vu : *Le Doyen*,
F. LARNAUDE.

BIBLIOGRAPHIE

- Bioche. — *Dictionnaire de la procédure civile et commerciale*. Paris 1839-1840.
- Boitard. — *Leçons de procédure civile, revues, annotées et complétées*, par Colmet-Daage. 15^e édition, par M. Glasson. Paris 1890.
- Boncenne. — *Théorie de la procédure civile*. Paris 1839.
- Bonfils. — *Traité élémentaire d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure en matière civile et commerciale*. Paris 1892.
- Bornier. — *Conférence des Ordonnances de Louis XIV, Roy de France et de Navarre, avec les anciennes ordonnances du Royaume, le droit écrit et les arrêts*. Paris 1755.
- Boutaric. — *Explication des Ordonnances de Louis XIV sur les matières civiles et criminelles*. Paris 1743.
- Carré et Chauveau. — *Lois de la procédure civile et commerciale. Avec Supplément*, par Dutruc. Paris 1880.
- Chenu. — *Journal du Palais*.
- Codes de procédure civile annotés* : Dalloz ; Fuzier-Hermann et Darras ; Sirey et Gilbert ; Tissier, Darras et Louiche-Desfontaine.
- Code de procédure civile*. — Exposé des motifs par les orateurs du gouvernement. Paris 1806.
- Couchot. — *Le praticien universel ou le droit françois et la Pratique de toutes les juridictions du Royaume suivant les nouvelles ordonnances*. Paris 1747.
- Coutume de Paris*. — Deuxième édition, par Brodeau. 1580.
- Cuche. — *Petit traité de procédure civile et commerciale*. Paris 1911.
- Dalloz. — *Dictionnaire général. Jurisprudence générale. Répertoire pratique de législation. Supplément au Répertoire*.
- Dutruc. — *Supplément aux Lois de la procédure civile et commerciale*, de Carré et Chauveau. Paris 1880.
- Garsonnet. — *Traité théorique et pratique de procédure. Organisation judiciaire, compétence et procédure en matière civile et commerciale*. Paris 1898-1905.
- Girard. — *Manuel élémentaire de Droit romain*. Paris 1911.
- Glasson. — *Les sources de la procédure civile française*. Paris 1882.
- Glasson. — *Précis de procédure civile*, avec le concours de M. Collet-Daage. Deuxième édition, par Albert Tissier. Paris 1908.
- Jousse. — *Nouveau Commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667*. Paris 1757.
- Loché. — *Esprit du Code de procédure civile*. Paris 1816.

- Lyon-Caen et Renault. — *Traité de droit commercial*. Paris 1910.
- May. — *Eléments de droit romain*. Paris 1904.
- Ordonnance de Louis XIV donnée à Saint-Germain-en-Laye, en avril 1667.*
- Pigeau. — *Procédure civile du Châtelet de Paris et de toutes les juridictions du royaume*. Paris 1787.
- Pigeau. — *La procédure civile des tribunaux de France*. Paris 1807.
- Pigeau. — *Introduction à la procédure civile*. Paris 1811.
- Planiol. — *Traité élémentaire de droit civil*. Paris 1906.
- Pothier. — *Œuvres complètes*. Paris 1821. (Tome XXIV : *Traité de la procédure civile*).
- Rodier. — *Questions sur l'ordonnance de Louis XIV du mois d'avril 1667 relatives aux usages des Cours de Parlement et principalement de celui de Toulouse*. Toulouse, 1769.
- Rodière. — *Cours de compétence et de procédure en matière civile*. Paris 1878.
- Rousseau et Laisney. — *Dictionnaire théorique et pratique de procédure civile, commerciale, criminelle et administrative*. Paris 1886.
- Serpillon. — *Code civil ou commentaire sur l'ordonnance du mois d'avril 1667*. Paris 1776.
- Sirey. — *Recueil général des lois et arrêts*.
- Thomines-Desmazures. — *Commentaire sur le Code de procédure civile*. Caen 1832.
-

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	5
CHAPITRE PREMIER :	
Différents sens de l'expression « Mise en état »	7
La mise en état d'après l'article 343 de Code de procé- dure civile	11
En quoi elle consiste	17
Ses effets spécifiques	20
Autres effets	30
Limitation de ses effets	44
Son origine	47
CHAPITRE DEUXIÈME :	
Cas particuliers	58
Procédures spéciales	73
Juridictions d'exception	86
CHAPITRE TROISIÈME :	
Comment l'instance cesse d'être en état	96
Quels effets produit la mise hors d'état de l'instance	101

